جامعـــة الخليـــــل

كليَّة الدراسات العليا

برنامج القضاء الشَّرعيِّ

التَّمْييزُ بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ

وَأَثَرُهُ فِي الْقَضَاءِ الإِسْلامِيِّ

إعداد

صالح عليّ يونس جَبَارِين

الرقم الجامعي :٢٠٦١٩٠٢٧

إشراف

الدُّكتور هارون كامل الشَّرباتيّ

قدِّمت هذه الرِّسالة استكمالاً لمتطلَّبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشَّرعي بكليَّة الدِّراسات العليا جامعة الخليل .

ألإهداء

إلى والدي العزيز برا به ومحبة له، اسأل الله العلي القدير أن يتغمده برحمته .

إلى قرة عيني والدتي الغالية والمربية الكريمة الفاضلة التي طالما سهرت وتعبت فيما استرعاها الله فيه،أسأله تعالى أن يحفظها ويحسن ختامها ويرحمها في الدنيا والآخرة .

إلى التي تحملت معي ما تحملت، و صحبتني في حلو الحياة ومرها زوجي الفاضلة حفظها الله .

إلى أبنائي الأحبة،زينة الحياة ، وترياق الوجود ، محمد ، وعبد الله، وعلي ، وندية، الذين أسأل ألله أن يجعلهم قرة عين لوالديهم، وأن يعلمهم ما ينفعهم وأن ينفعهم بما علمهم وأن يستعملهم في طاعته .

تقدير وشكر

يا رب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك ، وأُصلي وأُسلم وأُبارك على سيدنا محمد سيد الأولين و الأخرين وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إإلى يوم الدين، وبعد :

فإني أَتقدم بالشكر الجزيل إلى فضيلة الدكتور هارون كامل الشرباتي – حفظه الله – على تفضله بالإشراف على هذا الرسالة فجزاه الله خيرا ، وجعل ذلك في ميزان حسناته يوم القيامة .

واتوجه بالشكر لجامعة الخليل عامة ، وأخص بالذكر عميد كلية الشريعة ، الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري حفظه الله، وجزاه الله عنا كل خير .

كما وأشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة، ولاسيما الأخ الفاضل الأُستاذ عبد الرحيم منصور الذي تقدم مشكورا لتنسيق هذا البحث .

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

ألمقدّمة

الحمد لله ربِّ العالمينَ والصَّلاة والسَّلام على المبعوث رحمةً للعالمينَ سيِّدِنَا محمَّدٍ وعلى آله وأصحابه الطَّيِّبين، وعلى مَنْ تَبعَه بإحسانٍ إلى يومِ الدِّين.

فهذه دراسة عنوانها : "التَّمييِّز بَيْنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَأَثَرُهُ فِي الْقَضَاءِ الإِسْلاَمِيِّ " أسأل الله ـ تبارك وتعالى ـ أنْ تُخْلَصَ فِيهَا النِّيَّةُ لله وَحْدَه ،وأن يتقبَّلها بقَبُولٍ حسنٍ، وأنْ ينفعَ بها المسلِمِينَ، وبعد :

فإِنَّ من رحمةِ الله بالنَّاس أَنْ أمَرَهم بإِقامة العدل والقِسْط ، فأنزل كتابَهُ ينطق بالحقِّ وأرْسَلَ رسُلَه يهدون إِلَى الحقِّ وإلى صراط مستقيم، فكان العدلُ من أهمِّ ما جاء به الإسلام .قال الله تعالى:

﴿ لَقَدۡ أَرۡسَلۡنَا رُسُلَنَا بِٱلۡبَيِّنَٰتِ وَأَنزَلۡنَا مَعَهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ وَٱلۡمِيزَانَ لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلۡقِسۡطِۖ ﴾[1] .

ولما استمد القضاء الاسلامي من وحي القرآن ونور النبوة سما وعلا بنورالقرآن الَّذي يعلو ولا يُعْلَى عليه حتَّى أضحى منارة وملاذًا لأَهْلِ القانون ولو كانوا من غير المسلمين .

[1] سورة الحديد ٢٥

وممَّا يعين القاضي على تحقيق العَدْل بَيْنَ الخصوم التَّمِيِّيز بَيْنَ المدَّعِي والْمُدَّعَى عَلَيْه الَّذِي هو عُمْدَة القَضَاء في الإِسْلام، فكانت هذه الرِّسالة الَّتِي أرْجُو الله أنْ ينفعَ بِهَا ويباركَ فيها .

أهميَّة الموضوع:

إِنَّ معرفة المدَّعي مِنَ المدَّعى عليه مِنْ أهمِّ مسائلِ الدَّعوى، بل عمدةُ القضاءِ في الإسلام، فعلمُ القضاء يدور على معرفتهما؛ لأنَّه أصلٌ مشكِلٌ، ولم يختلف العلماء في حكمِ مَا لكلِّ واحدٍ منهُمَا ، وأنَّ على المدَّعِي البَيِّنَةَ إذا أنْكَرَ المدعى عليه ، وأنَّ على الْمُدَّعَى عَلَيْه اليَمِينَ إذا لَمْ تَقُم البيِّنَةُ، ولكنَّ الشَّأنَ في التَّمييِّز بينهما.

وهذا يَنْسَجِمُ مَعَ قولِ سعيدِ بْنِ المسيِّبِ[1] ـ رَحِمَه الله ـ إذ يقول: أَيُّمَا رجلٍ عَرَف الْمُدَّعِي مِنَ الْمُدَّعَى عليه لم يلْتبس عليه ما يحكم بينهما [2].

[1] هوسعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد(١٣ – ٩٤ هـ = ٦٣٤ – ٧١٣ م): سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع، وكان يعيش من التجارة بالزيت، لا يأخذ عطاءا. وكان أحفظ الناس لاحكام عمر بن الخطاب وأقضيته، حتى سمي راوية عمر. توفي بالمدينة.الزركلي،خير الدين بن محمود بن: الأعلام،(دار العلم للملايين ط١٥ – ٢٠٠٢ م) ٣ / ١٠٢

[2] ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي :القوانين الفقهية ،تحقيق: عبد الكريم الفضيلي،(بيروت:المكتبة العصرية ١٤٢٣– ٢٠٠٢م ص٣٢٠ .

وقد ذكر عن شريح[1] القاضي ـ رحمه الله ـ أنَّه قال: وُلِّيتُ القَضَاءَ وعندي أنِّي لا أعْجز عن معرفة ما يُتَخَاصَمُ إليَّ فيه، فأوَّلُ ما ارْتَفَع إليَّ خَصْمَانِ أُشْكِلَ عليَّ من أمرهما، مَنِ الْمُدَّعِي ومَنِ الْمُدَّعَى عَلَيْه[2].

ولذلك فإنَّ مسألة التَّمييز بين الْمُدَّعِي والْمُدَّعَى عليه ليست بالمسألة السَّهلة اليسورة ،كما يحْسَبُ كثيرٌ من النَّاس، فقد يبدأ الشَّخْص بالدَّعْوَى بصفَتِه مُدَّعٍ، ثُمَّ ينقلب مُدَّعَى عليه، والْمُدَّعَى عليه ينقلب إلى مُدَّعٍ ثُمَّ مُدَّعًى عليه وهكذا ....

ويذكر أن رجلا قال لإياس بن معاوية[3] : علمني القضاء فقال : إن القضاء لا يعلم ، إنما القضاء فهم ، ولكن قل : علمني من العلم ، وهذا هو سر المسألة ، فإن الله ـ سبحانه وتعالى ـ يقول:

---

[1] – هوشريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية: من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الاسلام(٠٠٠ – ٧٨ هـ = ٠٠٠ – ٦٩٧ م)أصله من اليمن. ولي قضاء الكوفة، في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية.واستعفى في أيام الحجاج، فأعفاه سنة ٧٧ هـ وكان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الأدب والشعر. وعمر طويلا، ومات بالكوفة. انظر الأعلام للزركلي ١٦١/٣

[2] ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ، برهان الدين اليعمري : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، [المكتبة الشاملة]١ / ٣١٨ .

[3] هو:إياس بن معاوية بن قرة المزني، أبو واثلة ،(٤٦ – ١٢٢ هـ = ٦٦٦ – ٧٤٠ م): قاضي البصرة، وأحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء. يضرب المثل بذكائه وزكنه . قيل له: ما فيك عيب غير أنك معجب ! فقال: أيعجبكم ما أقول ؟ قالوا: نعم، قال: فأنا أحق أن أعجب به. ودخل مدينة واسط فقال لاهلها بعد أيام: يوم قدمت بلدكم عرفت خياركم من شراركم، قالوا: كيف ؟ قال: معنا قوم خيار ألفوا منكم قوما، وقوم شرار ألفوا قوما، فعلمت أن خياركم من ألفه خيارنا وكذلك شراركم.قال الجاحظ: إياس من مفاخر مضر ومن مقدمي القضاة، كان صادق الحدس، نقابا، عجيب الفراسة، ملهما وجيها عند الخلفاء. وللمدائني كتاب سماه (زكن إياس). توفي بواسط ،انظر الأعلام للزركلي ٢ / ٣٣.

﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ۚ وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَٱلطَّيْرَ ۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ ﴿٧٩﴾ ﴾[١] **فخص سليمان بفهم القضية ، وعمهما بالعلم .**

وكذلك كتب عمر إلى قاضيه أبي موسى[٢] في كتابه المشهور : " والفهم الفهم فيما أدلي إليك"

والذي اختص به إياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما في العلم هو الفهم في الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال .وهذا الذي فات كثيرا من الحكام ، فأضاعوا كثيرا من الحقوق .[٣]

---

[١] الأنبياء: ٧٨ –٧٩

[٢] هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب، أبو موسى، من بني الاشعر، من قحطان(٢١ ق هـ – ٤٤ هـ = ٦٠٢ – ٦٦٥ م): صحابي، من الشجعان الولاة الفاتحين، وأحد الحكمين اللذين رضي بهما علي ومعاوية بعد حرب صفين. ولد في زبيد (باليمن) وقدم مكة عند ظهور الاسلام، فأسلم، وهاجر إلى إلى أرض الحبشة. ثم استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على زبيد وعدن. وولاه عمر بن الخطاب البصرة سنة ١٧ هـ فافتتح أصبهان والاهواز. ولما ولي عثمان أقره عليها. ثم عزله، فانتقل إلى الكوفة، فطلب أهلها من عثمان توليته عليهم، فولاه، فأقام بها إلى أن قتل عثمان، فأقره علي.ثم كانت وقعة الجمل وأرسل علي يدعو أهل الكوفة لينصروه، فأمرهم أبو موسى بالقعود في الفتنة،فعزله علي، فأقام إلى أن كان التحكيم وخدعه عمرو بن العاص، فارتد أبو موسى إلى الكوفة، فتوفي فيها. وكان أحسن الصحابة صوتا في التلاوة، خفيف الجسم، قصيرا. وفي الحديث: سيد الفوارس أبو موسى. له ٣٥٥ حديثا .انظر الأعلام للزركلي ٤ / ١١٤

[٣]ابن قيم الجوزية،محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،(بيروت :دار الكتب العلمية، ط١ ، ١٤١٥هـ–١٩٩٥م) ص٢٧

وترتَّب على معرفة الْمُدَّعي من الْمُدَّعى عليه أمور، أهمُّها:

ا – معرفة من يكلَّف عبْءَ الإثبات – الحجَّة القويَّة – وهي البيِّنة، ومَنْ يُكْتَفَى منه بالحجَّة الضَّعيفة وهي اليمين ، تطبيقا لحديث الرَّسول صلَّى الله عليه وسلَّم "البيِّنة على الْمُدَّعي واليمين على الْمُدَّعَى عليه". [1]

ب – من يسمح له ترك الدعوى اذا شاء أوْ لا ، وبعبارة الفقهاء مَنْ إذا تارك[2] ترك، ومن إذا تارك لم يترك،ذلك أنَّ المدَّعى عليه يُلْزِمُ باستمرار الدَّعوى بخلاف المدَّعي الَّذي له أنْ يتركَ الدَّعوى متى شاء، إذا لم يدفع المدَّعى عليه دفعًا مقبولاً.

ج – كون أحكام غياب المدَّعي تختلف عن أحكام المدَّعَى عليه.

د – كون أحكام أخرى كالنكول،واليمين المردودة، ودعوة القاضي للغائب عن مجلسه وغيرها.....الَّتي تتأثَّر مباشرة بمعرفة مّنْ هو المدَّعي وَمَنْ هو المدَّعى عليه .

---

[1] البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر : سنن البيهقي الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا(مكة المكرمةمكتبة دار الباز – ، ١٤١٤ – ١٩٩٤) حديث رقم ٢٠٩٩٧، واصله بلفظ آخر في البخاري **عن ابن أبي مليكة قال كتبت إلى ابن عباس فكتب إلي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن اليمين على المدعى عليه**.البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة : الجامع الصحيح ،(القاهرة: دار الشعب الطبعة : الأولى ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧) **برقم(٢٥١٤) حسب ترقيم فتح الباري .**

[2] **أي أراد ترك الدعوى**

أسباب اختيار الموضوع :

أوَّلا- الأهميَّة البالغة لهذا الأصل الْمُشْكِل والمهم في الوقت نفسه، وأثر ذلك في سير القضاء من جهة مَنْ يكلَّف عبءَ الإثبات، وهو الحجَّة القويَّة ممَّن يُكْتَفَى منه باليمين، وهو الحُجَّة الضعيفة، ومِنْ ثَمَّ انعكاسُ ذلك على نتيجة الحُكْم .

ثانيا - اهتمام كبار القضاة في تاريخنا الإِسلاميِّ بهذا الموضوع ، والتَّركيز عليه،ولا سيَّما مقولتي شريح القاضي وسعيد بن المسيِّب السَّابقتين.

ثالثا- على الرَّغم من أهميَّة الموضوع، واهتمام الفقهاء والقضاة به، إلاَّ أنَّني لم أعثرْ- في حدود اطِّلاعي – على مصنَّف مستقلٍّ في تمييز المدَّعي مِنَ الْمُدَّعَى عليه .

ألدِّراسات السَّابقة :

بالإضافة إلى ما كُتِبَ مختصرًا في تراثنا الفقهيِّ في الموضوع فإنَّنِي لم أعثر في – حدود مطالعتي – على مُصَنَّفٍ مستقلٍّ في تمييز المدَّعي مِنَ المدَّعَى عليه ، وإنَّما وجدت دراساتٍ عامَّةً في القضاء تناول فيها أصحابُها هذا الموضوعَ باقتضابٍ دونَ تفصيل ،ومِنْ هذه المؤلَّفَاتِ على سبيل المثال لا الحصر :

١- كتاب الفروق للقرافيِّ[1] المالكيِّ، حيث تناول الموضوعَ من خلال فرقين .

أمَّا الأوَّل فهو الفرق الثَّاني والثَّلاثون والمئتان، وهو بعنوان " بين قاعدة المدَّعِي وقاعدة المدَّعى عليه. ذكر فيه آراءَ المالكيَّةِ وتعريفاتِهِم للمُدَّعي والمدَّعَى عليه، وضرب لذلك أمثالاً، وفي أحد تنبيهاته انْتَصَر للشَّافعيَّة على أصحابه في مسألة دعوى التَّقيِّ الصَّالح الكبير لو ادَّعى على أفسقِ النَّاس درهمًا لايصدق فيه وعليه البيِّنَة .وهكذا عرض رأيه بموضوعيَّة دون تعصب لمذهبه.

---

[1] هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن،أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي(٠٠٠ – ٦٨٤ هـ = ٠٠٠ – ١٢٨٥ م): من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة. له مصنفات جليلة في الفقه والاصول، منها (أنوار البروق في أنواء الفروق – ط) أربعة أجزاء، و (الاحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام – ط) و (الذخيرة – خ) في فقه المالكية، ستة مجلدات، و (اليواقيت في أحكام المواقيت – خ) في الرباط (١٦٠ ك) انظر المنوني (الرقم ٣٦٢) و(شرح تنقيح الفصول – ط) في الاصول .– انظر الأعلام للزركلي ١ / ٩٥

أمَّا الثَّاني فهو الفرق الرَّابع والثَّلاثون والمئتان، وهو بعنوان " بين قاعدة اليد المعتبرة المرجِّحة لقول صاحبها، وقاعدة اليد الَّتي لا تعتبر "، وهو فرق مختصر مأخوذ من كلام شيخه العزِّ بن عبد السَّلام[1] في القواعد الكبرى. وأرى أنَّ هذه الفروق رغم اختصارها إِلاَّ أنَّها غيرُ مُخِلَّةٍ للخطوط الأساسيَّة للموضوع .

٢ – كتاب تبصرة الحُكَّام في أصول الأقضية والأحكام لابن فرحون[2] المالكيِّ، حيث تحدَّث فيه صاحبُه عن المدَّعي والمدَّعى عليه بثلاثِ صفحاتٍ، أعتمد فيها على فروق القرافيِّ بشكل أساسيٍّ، ويقال في هذا الكتاب – تبصرة الحكام ما قيل في كتاب الفروق مِنْ حيثُ الاختصارُ– غير أنَّه حوى مباحثَ أخرى ذاتَ صلةٍ في الموضوع متفرِّقة في الكتاب.

[1] هو:عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء(٥٧٧ – ٦٦٠ هـ = ١١٨١ – ١٢٦٢ م): فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد. ولد ونشأ في دمشق.وزار بغداد سنة ٥٩٩ هـ فأقام شهرا.وعاد إلى دمشق، فتولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي، ثم الخطابة بالجامع الأموي.ولما سلم الصالح إسماعيل ابن العادل قلعة " صفد " للفرنج اختيارا أنكر عليه ابن عبد السلام ولم يدع له في الخطبة، فغضب وحبسه. ثم أطلقه فخرج إلى مصر، فولاه صاحبها الصالح نجم الدين أيوب القضاء والخطابة ومكنه من الامر والنهي. ثم اعتزل ولزم بيته. ولما مرض أرسل إليه الملك الظاهر يقول: إن في أولادك من يصلح لو ظائفك. فقال: لا. وتوفي بالقاهرة،من كتبه " التفسير الكبير " و " الالمام في أدلة الاحكام " وقواعد الشريعة – خ " و " الفوائد – خ " و " قواعد الاحكام في إصلاح الانام – ط " فقه، و " ترغيب أهل الإسلام في سكن الشام " و " بداية السول في تفضيل الرسول – ط " و " الفتاوي – خ " و " الغاية في اختصار النهاية . انظر الأعلام للزركلي ٤ / ٢١

[2] هو إبراهيم بن علي بن محمد، إبن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة(٠٠٠ – ٧٩٩ هـ = ٠٠٠ – ١٣٩٧ م). وهو مغربي الاصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة ٧٩٢ هـ . وتولى القضاء بالمدينة سنة ٧٩٣ ثم أصيب بالفالج في شقه الايسر، فمات بعلته عن نحو ٧٠ عاما. وهو من شيوخ المالكية، له (الديباج المذهب – ط) في تراجم أعيان المذهب المالكي، و (تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام). انظر الأعلام للزركلي ١/ ٥٢

٣ – رسالة دكتوراة بعنوان" نظريَّة الدَّعوى بين الشَّريعة الإسلاميَّة وقانون المرافعات المدنيَّة والتِّجاريَّة للأستاذ الدُّكتور محمَّد نعيم ياسين، وهو كتاب حافل بمسائل الدَّعوى، ويُعدُّ من أجود الدِّراسات المعاصرة في الموضوع في حدود اطلاعي.

فقد تكلَّم في الفصل الأوَّل من الباب الأوَّل من رسالته في أربع وعشرين صفحة (١٧٥ – ١٩٩) عن أطراف الدَّعوى، وكيفيَّة التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه، حيث ذكر تعريفاتِ الفقهاءِ وضوابِطَهُمْ للمدَّعي والمدَّعى عليه، ثُمَّ وازنَ هذه الآراءَ والاجتهاداتِ . وهو مِنَ المراجع المهمَّة الَّتي اعتمدت عليها في دراستي هذه .

٤ – رسالة دكتوراة بعنوان "وسائل الإثبات في الشَّريعة الإسلاميَّة في المعاملات المدنيَّة والأحوال الشَّخصيَّة" للأستاذ الدُّكتور محمَّد الزُّحيليِّ . وهذه الرِّسالة برأيي لاتقلُّ أهميَّةً وقدرًا عن الدِّراسة السَّابقة، بحيث يمكن اعتبارُ هاتين الرِّسالتين (موسوعةً في القضاء الإسلاميِّ) إذا جاز لي هذا الوصف ،فالأولى في الدَّعوى، والثَّانية في وسائل الإثبات، ولم تخصِّص الأخيرةُ لمسائل الدَّعوى، غير أنَّ صاحبها أفرد مبحثًا خاصًّا من الفصل الثَّاني من الجزء الثَّاني من رسالته تحت عنوان " في معرفة المدَّعي والمدَّعى عليه " ذكر فيه تعريفاتِ الفقهاء، ثُمَّ تحدَّث عن المرجّحات الأوليَّة في التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه، كالأصل، والعرف، والاستصحاب، والمعهود الشرعي ، ثُمَّ وازنَ بين هذه التعريفاتِ والمرجّحات.

منهج البحث :

سلكت في بحثي هذا وَفْقَ المنهجِ الوصْفِيِّ[١]، مستفيدًا من المنَّهجين الاستنباطيِّ[٢] والاستقرائيِّ[٣]، مراعيًا ما يأتي :

١ – ذكرَ الأقوالِ في المسألة عازِيًا تلك الأقوال إلى مصادرها الأصليَّة وَفْقَ التَّسلسل التَّاريخيِّ للمذهب.

٢ – تحريرَ موضعِ النِّزاع في المسألة إِذَا لَزِمَ الأمر .

٣ – مناقشةَ الأدلَّةِ والاعتراضاتِ الواردةِ عليها للوصول إلى القول الرَّاجح مَعَ بيان سبب رجحانه.

٤ – عُزُوَّ الآياتِ القرآنيَّة إلى مواضعها من السُّور .

٥ – تخريجَ الأحاديثِ النَّبويَّة الشَّريفة والآثار والحكم عليها.

٦ – التَّعريفَ بالألفاظ اللُّغويَّة، والمصطلحات الفقهيَّة والأصوليَّة.

٧ – عرضَ النَّتائج الَّتي توصَّلت إليها في خاتمة البحث .

٨ – وَضْع الفهارس:فهرس المصدر والمراجع، وفهرس الآيات القرآنيَّة،و فهرس الأحاديث النَّبويَّة، وفهرس الأعلام ،وفِهْرس الموضوعات.

---

[١] **المنهج الوصفي**: يهدف الى وصف الأشياء المادية والمعنوية أو أي شيء له آثاره الظاهرة

[٢] **المنهج الاستنباطي**:هو المنهج المنطلق من الحقائق العامة المتفق عليها ذات القوة التشريعية، للوصول إلى المسائل الواقعية الفرعية، التي تستمد حلولها من تلك الحقائق العامة

[٣] **المنهج**الاستقرائي:يهدف الى تتبع الجزئيات كلها أو بعضها للوصول إلى حكم تام يشملها جميعا.

محتوى البحث:

الفصل التَّمهيدي: الدَّعوى والمحاكمة في الشَّريعة الإسلاميَّة .

المبحث الأوَّل: أصول المحاكمة في الشَّريعةِ الإسلاميَّة .

المطلب الأوَّل : اعتدال حال القاضي اثناء النَّظر في الدَّعوى .

المطلب الثَّاني: المساواة بين الخصوم .

المطلب الثَّالث: علنيَّة المحاكمة .

المطلب الرَّابع: المواجهة بين الخصوم .

المطلب الخامس : حُرِّيَّة الدِّفاع .

المبحث الثَّاني: تعريف الدَّعوى ومشروعيَّتها وركنها .

المطلب الأوَّل: تعريف الدَّعوى ومشروعيَّتها .

المطلب الثَّاني : ركن الدَّعْوى وحكمُهَا.

الفصل الأوَّل: شروط المدَّعي والمدَّعى عليه في القضاء الإسلاميِّ.

مقدِّمة : في معنى الشَّرْط

المبحث الأوَّل : اشتراط الأهليَّة في المدَّعي والمدَّعى عليه .

المطلب الأوَّل: تعريف الأهليَّة وأنواعها .

المطلب الثَّاني: مذاهب الفقهاء في اشتراط الأهليَّة في المدَّعي والمدَّعى عليه .

المطلب الثَّالث: تطبيقات فقهيَّة في الدَّعوى متعلِّقَة بناقص الأهليَّة وفاقدها .

المبحث الثَّاني: اشتراط الصِّفَة في المدَّعي والمدَّعى عليه .

المطلب الأوَّل : تعريف الصِّفَة .

المطلب الثَّاني: شرط الصِّفَة في المدَّعي .

المطلب الثَّالث: شرط الصِّفَة في المدَّعى عليه .

الفصل الثَّاني: الاتِّجَاهات الفقهيَّة في التَّمييز بينَ المدَّعِي والمدَّعى عليه .

تمهيد: أهميَّة التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه في الشَّريعة الإسلاميَّة .

المبحث الأوَّل: أصحاب الاتِّجاه اللُّغويِّ في تمييز المدَّعِي من المدَّعى عليه، وهم معظم فقهاء الحنبليَّة وبعضُ فقهاء الحنفيَّة.

المطلب الأوَّل: مذهب الحنفيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه .

المطلب الثَّاني: مذهب الحنبليَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه .

المطلب الثَّالث: مناقشة أصحاب هذا الاتِّجاه .

المبحث الثَّاني: أصحاب الاتِّجاه المعتمد على الأصل، والظَّاهر في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه، وهم المالكيَّة والشَّافعيَّة.

المطلب الأوَّل: مذهب المالكيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه.

المطلب الثَّاني: مذهب الشَّافعيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه.

المطلب الثَّالث: مناقشة أصحاب هذا الاتِّجاه.

الفصل الثَّالث: من الآثار المترتِّبَة على التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه في القضاء الإسلاميِّ.

المبحث الأوَّل: الحضور

المطلب الأوَّل: دعوة المدَّعي لخصمه المدَّعى عليه.

المطلب الثَّاني: دعوة القاضي للمدَّعى عليه.

المبحث الثَّاني: الإثبات .

المطلب الأوَّل: أهميَّة الإثبات .

المطلب الثَّاني: شروط الإثبات .

المبحث الثَّالث: الحكم بالنُّكول .

المطلب الأوَّل: أقوال الفقهاء وأدلَّتُهم على القضاء بالنُّكول .

المطلب الثَّاني: حقيقة النُّكول عند القائلين به، والحالات الَّتي يجوز فيها .

المبحث الرَّابع: الحكم باليمين المردودة .

المطلب الأول : أقوال الفقهاء وادلتهم على القضاء باليمين المردودة

المطلب الثَّاني: حقيقة اليمين المردودة، والحالات الَّتِي يجوز فيها ردُّ اليمين .

المبحث الخامس: ترك الخصومة .

المطلب الأوَّل: التَّنازل عن الدَّعوى في الفقه الإسلاميِّ .

المطلب الثَّاني: تخلُّف أحدِ شروط الدَّعوى .

المبحث السَّادس: الغياب.

المطلب الأوَّل: المقصود بالغياب.

المطلب الثَّاني: مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب .

الخاتمة: وفيها النَّتائجُ، والتَّوصياتُ التي توصلْتُ إليها بعون الله.

الفهارس: فهرس المصدر والمراجع، وفهرس الآيات القرآنيَّة،و فهرس الأحاديث النَّبويَّة، وفهرس الأعلام ،وفِهْرس الموضوعات.

االفصل التَّمهيدي: الدَّعوى والمحاكمةُ في الشَّريعة الإسلاميَّة

المبحث الأوَّل: أصول المحاكمة في الشَّريعة الإسلاميَّة

المطلب الأوَّل: اعتدال حال القاضي أثناء النَّظر في الدَّعوى

المطلب الثَّاني: المساواة بينَ الخصوم

المطلب الثَّالث: علنيَّة المحاكمة

المطلب الرَّابع: المواجهة بين الخصوم

المطلب الخامس: حرية الدِّفاع

المبحث الثَّاني: تعريف الدَّعوى ومشروعيَّتُهَا ورُكْنُها

المطلب الأوَّل: تعريفُ الدَّعوى ومشروعيَّتُهَا

المطلب الثَّاني: ركن الدَّعوى وحُكْمُها

المبحث الأوَّل: أصول المحاكمة في الشَّريعة الإسلاميَّة

تمهيد:

معرفة المدَّعي من المدَّعى عليه من أهمِّ مسائل الدعوى وأدقِّها، بل عمدة القضاء في الإسلام كما قال العلماء.

ولذلك كان لا بدَّ من الالتزام بأصول المحاكمة في الشَّريعة الإسلاميَّة، كاعتدال حال القاضي، والمساواة بين الخصوم في مجلس القضاء، وعلنية المحاكمة، والمواجهة بين الخصوم، وحرِّيَّة الدِّفاع؛ ليسهل على القاضي بعد ذلك التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه، ومن ثَمَّ معرفة ما يحكم به بينهما.

ولعلَّ من أروع ما قرأت كتابَ عمرَ إلى أبي موسى الأشعري ـ رضي الله عنهما ـ إذ قال:

إنَّ القضاء فريضةٌ محكمةٌ، وسنَّة متَّبعة فالفهم الفهم إذا أدْلِيَ إليك، فإنَّه لا ينفع تكلّمٌ بحقٍّ لا نفاذَ له.

وآسِ بين النَّاس في وجهك، ومجلسك، وقضائك؛ حتَّى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييئس ضعيف من عدلك، البيِّنة على من ادَّعى، واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلاَّ صلحًا أحلَّ حرامًا، أو حرَّم حلالاً .

ومن ادَّعى حقًّا غائبًا، أو بيِّنَة فاضْرِبْ له أمدًا ينتهي إليه، فإنْ جاء ببيِّنَة أعطيته بحقِّه، فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضيَّة، فإنَّ ذلك أبلغ في العذر، وأجلى للعمى.

ولا يمنعك من قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه لرأيك وهديت فيه لرشدك أنْ تراجعَ الحقَّ؛ لأنَّ الحقَّ قديم لا يبطل الحقَّ شيءٌ، ومراجعة الحقِّ خيرٌ من التَّمادي في الباطل.

والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشَّهادة إلاَّ مجلود في حدٍّ، أو مجرَّبٌ عليه شهادة الزّور أو ظنِّين في ولاء أو قرابة، فإنَّ الله عزَّ و جلَّ تولَّى من العباد السَّرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبيِّنَات والأيمان.

ثمَّ الفهمَ الفهمَ فيما أُدْليَ إليك ممَّا ليس في قرآن ولا سنَّةٍ، ثمَّ قايسِ الأمورَ عند ذلك، وأعرف الأمثالَ والأشباه، ثمَّ أعمد إلى أحبِّها إلى الله فيما ترى، وأشبهها بالحقِّ.

وإيَّاك والغضبَ والقلقَ والضَّجر، والتَّأذِّي بالنَّاس عند الخصومة والتَّنكّر فإنَّ القضاء في مواطن الحقِّ يوجب الله له الأجرَ، ويحسن به الذّخر فمن خلصت نيَّته في الحق ولو كان على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين لهم بما ليس في قلبه شانه الله؛ فإن الله ـ تبارك وتعالى ـ لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصا، وما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته .[1]

فلو لم يكن حال القاضي معتدلا عند القضاء كأن يكون – على سبيل المثال لا الحصر– غضبان أو عطشان أو كسلان؛ فإن من شأن ذلك أن يعكر صفوه ويبدد تركيزه ، ومن ثم لايحسن التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

وكذلك الأمر لو لم يمنح المتنازعون حقهم في المساواة في مجلس القضاء، وحرية الدفاع، والمواجهة العلنية في محاكمتهم، لطغى بعضهم على بعض، واختلط الحابل بالنابل ومن ثم عسر

[1] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم (٢٠٣٢٤) .

التمييز بين المدعي والمدعى عليه، و لم يعرف المحق من المبطل ، ومن عليه عبء الإثبات، والحجة القوية (البينة)، ومن يكتفى منه بالحجة الضعيفة(اليمين).وأضرب لذلك مثالا:

روي أن رجلا فقئت عينه جاء شاكيا الى عمر - رضي الله عنه - ، فقال له عمر : تحضر خصمك، فقال له : يا أمير المؤمنين ، أما بك من الغضب إلا ما أرى ، فقال له عمر : فلعلك فقأت عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه وقد فقئت عيناه معاً ، فقال - رضي الله عنه - : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء " [1].

فلذلك كان لا بد من مراعاة أصول المحاكمة في شريعتنا الإسلاميَّة- كحضور الخصم كما في هذه الحادثة - ؛ ليحسن التمييز بين المدعي و المدعى عليه .

وسأبين ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول : اعتدال حال القاضي أثناء النظر في الدعوى

المطلب الثاني : المساواة بين الخصوم

المطلب الثالث : علنية المحاكمة

المطلب الرابع : المواجهة بين الخصوم

المطلب الخامس : حرية الدفاع

[1]- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري: المحلى،تحقيق:احمد محمد شاكر(بيروت:دار احياء التراث العربي ط٢ ، ١٤٢٢-٢٠٠١م)١٠ /٢٤٢) .

المطلب الأوَّل : اعتدال حال القاضي أثناء النظر في الدعوى

اتفق الفقهاء على أن لا يقضي القاضي وهو غضبان لقوله ـ صلّى الله عليه وسلَّم ـ : (لا يقضين حَكَمٌ بين اثنين وهو غضبان)[1].

ولقول سيدنا عمر لأبي موسى رضي الله عنهما: (إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر)[2]. ولأن القاضي إذا غضب تغير عقله،ولم يستكمل رأيه وفكره.

وقال العلماء: وفي معنى الغضب كلُّ ما شغل النفس من الهم والنعاس والجوع المفرط والعطش المفرط، والتخمة، والخوف، والمرض، وشدة الحزن والسرور، ومدافعة الأخبثين[3] يقول ابن حجر[4]:

---

[1] – ارواه لبخاري في صحيحه برقم ٧١٥٨.

[2] – البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، حديث رقم (٢٠٣٢٤) ١٠/ ١٥٠

[3] – المبار كفوري،محمد بن عبد الرحمن :تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي.(القاهرة :دار الحديث،ط(١)،١٤٢١ه –٢٠٠١ م) حديث رقم(١٣٣٤) ٤ /٢٣١

[4] – هو أحمد بن علي بن محمد الكناني العسقلاني، أبو الفضل، شهاب الدين، ابن حجر: من أئمة العلم والتاريخ. أصله من عسقلان (بفلسطين) ومولده ووفاته بالقاهرة(٧٧٣ – ٨٥٢ هـ = ١٣٧٢ – ١٤٤٩ م). ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث، ورحل إلى اليمن والحجاز وغيرهما لسماع الشيوخ، وعلت له شهرة فقصده الناس للاخذ عنه وأصبح حافظ الإسلام في عصره، قال السخاوي: (انتشرت مصنفاته في حياته وتهادتها الملوك وكتبها الاكابر) وكان فصيح اللسان، راوية للشعر، عارفا بأيام المتقدمين وأخبار المتأخرين، صبيح الوجه. وولي قضاء مصر مرات ثم اعتزل. أما تصانيفه فكثيرة جليلة أبرزها فتح الباري شرح صحيح البخاري.– .– الزركلي ، الأعلام١/ ١٧٨ .

وعدَّاه الفقهاء بهذا المعنى إلى كل ما يحصل به تغير الفكر كالجوع والعطش المفرطين وغلبة النعاس وسائر ما يتعلق به القلب تعلقا يشغله عن استيفاء النظر.

وهو قياس مظنة على مظنة، وكأن الحكمة في الاقتصار على ذكر الغضب لاستيلائه على النفس، وصعوبة مقاومته بخلاف غيره ، وهو قياس مظنة على مظنة صحيح، واستنباط معنى دل عليه النص، فإنه لما نهى عن الحكم حالة الغضب فهم منه ان الحكم لا يكون الا في حالة استقامة الفكر فكانت علة النهي للمعنى المشترك وهو تغير الفكر. والوصف بالغضب يسمَّى علة بمعنى أنه مشتملٌ عليه، فالحق به ما في معناه. [١]

ولذلك ينبغي للقاضي ألا يكون مشغولاً بهذه العوارض السالفة الذكر؛ حتى لا تمنع الحاكم من إصابة الحق؛ لأنها تمنع استحضار القلب والعقل، واستجماع الفكر الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه، فتجري مجراه .

ولذلك اشترط الفقهاء على القاضي تجنب القضاء في الظروف التي تعكر صفو نفسه وذهنه.

فإذا أراد القاضي أن يجلس للقضاء فعليه أن يخرج وهو على أعدل أحواله لا جائع ولا شبعان إلى حد التخمة ولاعطشان، ولا ريان إلى حد التضلع ولاغضبان .

---

[١] – ابن حجر العسقلاني ،احمد بن علي: فتح الباري شرح صحيح البخاري (بيروت :دار المعرفة ١٣٧٩هـ) ١٣ /١٣٧

روى البييهقي[1] عن القاضي شريح - رحمه الله - أنه إذا غضب أو جاع قام فلم يقض بين أحد .[2]

وجاء في مجلة الاحكام العدلية:

(يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ لاَ يَتَصَدَّى لِلْحُكْمِ إذَا تَشَوَّشَ ذِهْنُهُ بِعَارِضَةٍ مَانِعَةٍ لِصِحَّةِ التَّفَكُّرِ كَالْغَمِّ وَالْغُصَّةِ وَالرُّجُوعِ [3]وَغَلَبَةِ النَّوْمِ)[4].

ويضيف شارح المجلة بأنَّه ينبغي كذلك أن لا يكون متاذيًا بشدة الحرارة، أو بشدَّة البرودة، أو أن يمكث في المحاكمة مدةً طويلة، أو يجهد نفسه .

أما إذا كانت أسبابُ الحكمِ ظاهرةً وبيِّنة، فللقاضي أن يحكم في تلك الحالات كإقرار المدَّعى عليه بدعوى المدعي[5].

[1] – هو أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر: من أئمة الحديث. ولد في خسروجرد(٣٨٤ – ٤٥٨ هـ = ٩٩٤ – ١٠٦٦ م) (من قرى بيهق، بنيسابور) ونشأ في بيهق ورحل إلى بغداد ثم إلى الكوفة ومكة وغيرهما، وطلب إلى نيسابور، فلم يزل فيها إلى أن مات. ونقل جثمانه إلى بلده. قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي فضل عليه غير البيهقي، فان له المنة والفضل على الشافعي لكثرة تصانيفه في نصرة مذهبه وبسط موجزه وتأييد آرائه. وقال الذهبي: لو شاء البيهقي أن يعمل لنفسه مذهبا يجتهد فيه لكان قادرا على ذلك لسعة علومه ومعرفته بالاختلاف. صنف زهاء ألف جزء، منها (السنن الكبرى – ط) عشر مجلدات، و (السنن الصغرى) .– الزركلي ، الأعلام ١ / ١١٦

[2] – رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم(٢٠٠٧١) ١٠ /١٠٦

[3]–رجوع:القيء ،انظر : أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ،دار الفكر،ط١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م. ٤٦٨/٢ .

[4] – انظر المادة ١٨١٢ من مجلة الأحكام العدلية .

[5] – علي حيدر :درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق:فهمي الحسيني.(بيروت :دار الكتب العلمية). ٤ /٥٦٦

وذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنَّ القاضي لو حكم في حال الغضب صحَّ حكمه إن صادف الحق مع الكراهة؛ وذلك لأن النهي ليس لذات الغضب، وإنما لوصف قد يؤدي إليه، وهو تشويش الفكر الذي قد يؤدي إلى الظلم . فإن صادف الحكم الصواب تبيَّن أن ذلك الوصف لم يتحقَّق .[1]

وذهب الحنبلية إلى عدم نفوذ الحكم مع الغضب؛ لأنَّه منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد .[2]

المطلب الثاني : المساواة بين الخصوم

ساوت الشريعة الإسلامية بين الناس في سماع خصوماتهم، ولم تَحْرم أحدا من الحق في المطالبة بحقه .

فلكلِّ إنسانٍ أنْ يقصد باب القضاء؛ ليدَّعي على من شاء سواء أكان جليلاً أم حقيرا، فللسوقة العاميِّ أن يدعي على السلطان القاهر.

ومن ذلك اجماع الأمة على أن الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين بل أبو بكر الصديق أو عمر بن الخطاب لو ادَّعى على أفسق الناس وأدناهم درهما، لا يصدق فيه، وعليه

---

[1] – أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (المتوفى : ٨٩٧هـ) التاج والإكليل لمختصر خليل ٣٠/١١ ، والماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي: الحاوي في فقه الشافعي ،(بيروت :دار الكتب العلمية ط١ ١٤١٤هـ – ١٩٩٤) ١٦ / ٣٤ ، وا بن حجر: فتح الباري ١٣ /١٣٧.

[2] – ابن قدامة ،عبد الله بن احمد: : المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،(بيروت، دار الفكر ،ط١ ١٤٠٥) ١١/ ٣٩٥

البينة، وهو مدع، والمطلوب مدَّعى عليه، والقول قوله مع يمينه، وعكسه لو ادعى الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك [١].

فلذلك ندب الفقهاء إلى أن يكون مجلس القضاء في مكان يسهل الوصول اليه، كأن يكون في وسط البلد، أو في مكان معروف لدى الناس، بحيث يصل اليه كل إنسان قويا كان أم ضعيفا، ذكرا أم أنثى،متوطنا أم غريبا[٢].

ويجب العدل بين الناس في الدخول إلى مجلس القضاء، فيقدم السابق كما لو سبق إلى موضع مباح [٣].

ويقدَّم المسافر على المقيم؛ للضَّرر الذي قد يلحقه من التأخر في انتظار دوره[٤]، والمرأة على الرجل اذا كانت تتعرض للضرر من غيابها عن بيت زوجها [٥]، وكذلك المريض إذا كان مدعى عليه،أما اذا كان مدعيا فلا يقدم؛ لأنه غير مجْبَرٍ على الانتظار [٦].

---

[١] القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)،تحقيق : خليل المنصور،(بيروت: دار الكتب العلمية ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م) ٧ / ٢٨٨.

[٢] ابن ابي الدم ،شهاب الدين ابراهيم بن عبدالله: ادب القضاء،تحقيق: محمد عبد القادر عطا(بيروت: دار الكتب العلمية، ط١ ١٤٠٧ه– ١٩٨٧م)ص(٦٠).

[٣] السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل: المبسوط : دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس،(بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١ – ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م) ١٦ / ٧١ ،والخطيب الشربيني،محمد بن محمد: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد(القاهرة: المكتبة التوفيقية) ٦/ ٣١٧ .

[٤] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٦ /٣١٧ .

[٥] السرخسي: المبسوط ١٦ / ٧١.

[٦] قال الخطيب الشربيني: (قدمه القاضي إن كان مطلوبا ، ولا يقدمه إن كان طالبا ؛ لأن المطلوب مجبور والطالب مجبر .)–الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٦ /٣١٧ .

وإذا تساوى الخصوم في القدوم، أقْرِعَ بينهم، فمن خرجت له القرعة قدم [1] .واستحب بعض الفقهاء المساواة بين الخصمين في المعاملة أثناء المحاكمة، ورد عليهم القاضي الشافعي ابن أبي الدم[2] فقال بوجوبها، وقال إنَّ كلَّ ما يؤدي إلى التَّمييز بينهما حرام[3] .

وهذا الرَّاي أوجه وألصق بروح الشريعة .ولذلك يجب على القاضي أن يعدل بين الخصوم في كلِّ أنواع المعاملة، وذلك لتساوي العلة في حضورهم، وهي إمَّا المطالبة بالحق، أو دفعه عن نفسه .

وقد دلَّت على وجوب التَّسوية نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة،وآثار الصحابة .

فمن القران الكريم :

قول الله تعالى:﴿ ۞ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُوا۟ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُوا۟ ۚ وَإِن

[1] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٦ /٣١٧ .

[2] هو إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم الهمداني الحموي، شهاب الدين، أبو إسحاق، المعروف بابن أبي الدم: مؤرخ بحاث، من علماء الشافعية. مولده ووفاته بحماة في سورية (٥٨٣ – ٦٤٢ هـ = ١١٨٧ – ١٢٤٤ م)تفقه ببغداد، وسمع بالقاهرة، وحدث بها وبكثير من بلاد الشام. وتولى قضاء حماة. وتوجه رسولا إلى بغداد، فمرض بالمعرة، فعاد إلى حماة فمات .(الأعلام للزركلي ١/ ٤٩) .

[3] انظر تفصيل ذلك في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ص(٨١).

تَلۡوُۥٓاْ أَوۡ تُعۡرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ﴿١٣٥﴾ [1]

عن ابن عباس في قول الله: "وإن تلووا أو تعرضوا"، قال: هما الرجلان يجلسان بين يدي القاضي، فيكون لَيُّ القاضي وإعراضُه لأحدهما على الآخر[2].

وهذا منهي عنه شرعا لان فيه اعانة احد الخصمين ومكسرة الآخر والقاضي مأمور بالتسوية بينهما.

إنَّ الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه، وربَّما لم تقم حجته، فأدى ذلك إلى ظلمه[3].

[1] النساء: ١٣٥

[2] الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر،(بيروت: مؤسسة الرسالة ط(١) ، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠) ٩ /٣٠٧ .

[3] الكاساني،علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش.(بيروت: دار احياء التراث العربي ط٢، ١٤١٩ه_١٩٩٨م) ٥ / ٤٥٠و ابن قدامة: المغني ١١ /٤٤٢.

٢-السنة:

عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللهِ ـ صلى الله عليه وسلم ـ:(مَنِ ابْتُلِى بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْدِلْ بَيْنَهُمْ فِى لَحْظِهِ وَإِشَارَتِهِ وَمَقْعَدِهِ)[1]

وعَنْها أيضا ـ رضي الله عنها ـ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ ـ اللهِ صلى الله عليه وسلم ـ :مَنِ ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلاَ يَرْفَعَنَّ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ مَا لاَ يَرْفَعُ عَلَى الآخَرِ[2].

وفي هذه الأحاديث أمرٌ صريح بوجوب التسوية بين الخصوم في كل ما يمكن العدل فيه.

٣-اثار الصحابة :

ما ورد في كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري ـ رضي الله عنهما ـ :

(آس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييئس ضعيف من عدلك)[3].

ولذلك لو خصَّ أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس،أو الأقبال عليه والبشاشة له، والنظر إليه لكان عنوان حيفه وظلمه؛ وبناء على ما تقدم ،قال الفقهاء :

---

[1] رواه البيهقي في سننه االكبرى برقم٢٠٢٤٤ ، والالباني، محمد ناصر الدين :مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،(بيروت: المكتب الإسلامي) ط٢ – ١٤٠٥ — ١٩٨٥) ضعيف برقم(٢٦١٨).

[2] رواه والبيهقي في السنن الكبرى في باب انصاف الخصمين برقم(٢٠٢٤٦)،وضففه الالباني –نظر: محمد ناصر الدين الألباني: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته،(المكتب الإسلامي) برقم (٥٣٢٢).

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم (٢٠٢٤٧).وصححه الالباني في مختصر ارواء الغليل برقم٢٦١٩

إنَّ على القاضي العدلَ بين الخصمين في الدخول عليه، فلا يدخل أحدهما قبل الآخر،فإذا كان موجودًا وسلما عليه رد عليهما السلام، وله أن يسلِّم عليهما، إذا كان هو القادمَ، ولكنَّه لا يزيد شيئا عن السلام ،فإذا جلس لايسلِّم عليهما، ولا هم يسلِّمون عليه، أمَّا هو فلا يسلِّم عليهِم؛ لأن السنة أن يسلِّم القائم على القاعد ، لا القاعد على القائم، وهو قاعد وهم قيام . وأمَّا هم فلا يسلمون عليه؛ لأنهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد؛ لأنه اشتغل بأمر هو أهم وأعظم من رد السلام، فلا يلزمه، وكذا المدرس اذا جلس للتدريس ،بخلاف الأمير إذا جلس فدخل عليه الناس فإنهم يسلِّمون عليه، وهو السنة؛ لأنَّه جلس للزيارة ، أما القاضي فجلس للعبادة لا للزيارة، فلا يسَنّ التسليمُ عليه، ولا يلزمه الجوابُ إن سلَّموا، لكنْ لو أجابَ لجاز ذلك [1] .

وعلى القاضي أن يسَوِّي بين الخصمين في الجلوس، فلا يكون أحدهما أقربَ إليه من الآخر، ولا أرفعَ منه مجلسًا، وأَنْ يجلسَ الخصمين بين يديه؛ لما ورد في حديث عبد الله بن الزبير[2]

---

[1] الكاساني :بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٥ / ٤٥١

[2] هوعبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الاسدي فارس قريش في زمنه، وأول مولود في المدينة بعد الهجرة(١ – ٧٣ هـ = ٦٢٢ – ٦٩٢ م). بويع له بالخلافة سنة ٦٤ هـ عقيب موت يزيد بن معاوية، فحكم مصر والحجاز واليمن وخراسان والعراق وأكثر الشام، وجعل قاعدة ملكه المدينة. وكانت له مع الأمويين وقائع هائلة، حتى سيروا إليه الحجاج الثقفي، في أيام عبد الملك بن مروان، فانتقل إلى مكة، وعسكر الحجاج في الطائف. ونشبت بينهما حروب أتى المؤرخون على تفصيلها انتهت بمقتل ابن الزبير في مكة، بعد أن خذله عامة أصحابه وقاتل قتال الابطال، وهو في عشر الثمانين. وكان من خطباء قريش المعدودين،. مدة خلافته تسع سنين. وكان نقش الدراهم في أيامه: بأحد الوجهين: " محمد رسول الله " وبالآخر " أمر الله بالوفاء والعدل " وهو أول من ضرب الدراهم المستديرة. له في كتب الحديث ٣٣ حديثا.–الزركلي: الأعلام ٤ / ٨٧ .

أنَّ رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم [1].

وقد روى ابن الجعد[2] أنه كان بين عمر وأبي[3] خصومةٌ، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلاً ، فجعلا بينهما زيدا قال: فأتياه قال : فقال عمر:

أتيناك؛ لتحكم بيننا ، فلمَّا دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، فقال :

هذا أوَّل جَوْرِكَ، جُرْتَ في حكمك، أجلسني وخصمي، فجلسا، قال : فقصَّا عليه القصة، فقال زيد : لأبي اليمين على أمير المؤمنين ، وإن شئت أعفيته.

[1] ابو داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود،(بيروت: دار الكتاب العربي) ـ حديث رقم(٣٥٩٠) ولفظ الحديث عنده :عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الزُّبَيْرِ قَالَ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم– (أَنَّ الْخَصْمَيْنِ يَقْعُدَانِ بَيْنَ يَدَىِ الْحَكَمِ).وقد صححه الحاكم ووافقه الذهبي ، وقال الشيخ الألباني : ضعيف الإسناد.

[2] هوعلي بن الجعد بن عبيد الهاشمي مولاهم، الجوهري، أبو الحسن(١٣٣ – ٢٣٠ هـ = ٧٥٠ – ٨٤٥ م): شيخ بغداد في عصره.كان يتجر بالجواهر، جمع عبد الله بن محمد البغوي اثني عشر جزءا من حديثه سماها " الجعديات " مشتملة علي تراجم شيوخه وشيوخهم .–الزركلي: الأعلام ٤ /٢٦٩.

[3] هو أبي بن كعب بن قيس بن عبيد، من بني النجار، من الخزرج، أبو المنذر(٠٠٠ – ٢١ هـ = ٦٤٢ م): أنصاري.كان قبل الإسلام حبرا من أحبار اليهود، مطلعا على الكتب القديمة، يكتب ويقرأ – على قلة العارفين بالكتابة في عصره – ولما أسلم كان من كتاب الوحي. وشهد بدرا واحدا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يفتي على عهده. وشهد مع عمر بن الخطاب وقعة الجابية، وكتب كتاب الصلح لاهل بيت المقدس. وأمره عثمان بجمع القرآن، فاشترك في جمعه. وله في الصحيحين وغيرهما ١٦٤ حديثا. وفي الحديث: أقرأ امتي أبي بن كعب. وكان نحيفا قصيرا أبيض الرأس واللحية. مات بالمدينة.الزركلي: الأعلام ١ /٨٢ .

قال : فأقسم عمر على ذلك ، ثم أقسم له لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة[1].

ولايقدم أحدهما في السّؤال؛ لأن السؤال لأحدهما دون الآخر يشعر بعناية القاضي به، وإقباله عليه دون خصمه[2].وإنَّما يسأل الاثنين معا فيقول :ما لكما وما حاجتكما؟ أو من المدعي منكما؟[3]

وللقاضي أن يؤمن الخائف ويسكن جأش المضطرب، حتى يذهب ذلك عنه،ولا يجوز للقاضي أن يسارر أحدهما ؛ لأنَّ في ذلك تهمةً؛ ولأنه يطمعهما فيه . وما جر إلى التهاون في حدود الله ممنوع ،وعلى القاضي أن يسوي بينهما في الكلام وفي الإنصات لهما، وفي النظر إليهما، ولا يقسو في نظراته على أحدهما[4].

ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما،بما يضر الآخر، كأن يريد أحدهما الاقرار فيلقنه الإنكار، أو يريد اليمين فيلقنه النكول، أو يريد النكول فيشجعه على اليمين، ولا يجوز له كذلك تلقين المدعي كيفية تصحيح دعواه، فإن ذلك موجب للتهمة، وانكسار قلب الطرف الآخر؛ لأن ذلك

---

[1] ابن الجعد ، علي بن الجعد بن عبيد أبو الحسن الجوهري البغدادي: مسند ابن الجعد(بيروت: دار الكتب العلمية ط٢، ١٤١٧ – ١٩٩٦) ،حديث رقم(١٧٢٨)..وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤٥٠/٥ .

[2] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١١٠/١ .

[3] الدمياطي ،أبو بكر بن محمد شطا: حاشية إعانة الطالبين،تحقيق عبد الحكيم محمد عبد الحكيم،(القاهرة :المكتبة التوفيقية) ٤ /٤٥٦ . ابن فرحون ،تبصرة الحكام ٩٤/١ .

[4] ابن فرحون :تبصرة الحكام ٩٤/١ .

نوع خصومة، ولا يجوز للقاضي أن يكون خصما وحكما ، وإنما يجوز أن يأمر أحد العارفين بتعليم الجاهل بأصول الدعوى والخصومة[1].

ولا يضحك في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ بذلك على خصمه، ولا يمازحهم، ولا واحدا منهم؛ لأنه يذهب بمهابة القضاء[2].

وحتى إذا أراد القاضي إخراجهما من عنده عدل بينهما في ذلك فلا يستبق أحدهما عنده ولا يصرف أحدهما قبل الآخر [3].

ومن أجل المساواة منع الفقهاء القاضي من بعض التصرفات خارج مجلس القضاء أيضا:

١- كرهوا له المتاجرة بنفسه: قال عمر لشريح (لا تسار ولا تضار ولا تبع ولا تبتع مادمت في القضاء)[4].

٢-كرهوا للقاضي أن يستعير أو يقترض ممن لم يكن قبل القضاء يستعير أو يقترض منه[5]

٣-يحرم عليه قبول الهدية ففي الصحيح (هدايا العمال غلول)[6].ومعنى الغلول الخيانة

---

[1] السرخسي: المبسوط١٦ /٦٩ .

[2] ابن الهمام ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير،(بيروت: دار الفكر) ٧ / ٢٧٥.

[3] ابن فرحون ،تبصرة الحكام ٩٤/١.

[4] المصدر نفسه ١ / ٦٧

[5] المصدر نفسه ١ / ٦٦

[6] أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني: مسند الإمام أحمد ، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها (طبعة القاهرة: مؤسسة قرطبة). حديث برقم ٢٣٦٤٩ ،قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف ،وصححه الالباني حيث ذكره في الصحيح الجامع برقم (٧٠٢١).وابن فرحون :تبصرة الحكام ١/ ٦٦.

وأجاز كثير من الفقهاء، للقاضي قبول الهدية ممن اعتاد إهداءه قبل القضاء بشرطين:

ا-أن لايكون بين- المُهدي- وبين أحد خصومة وقت الهدية.

ب-أن لا يزيد في الهدية عما اعتاد قبل القضاء[1].

وقد حرَّم ابن قدامة[2] قَبُولَ الهديَّة على القاضي ،[3]وقال الحنفية: يكره ولا يحرم، أما أثناء المحاكمة فحرام[4].

٤- ينبغي للقاضي تجنب الولائم -إلا وليمة النكاح[5]، وأجاز الحنبلية والشافعية حضور الولائم[6].

٥-وليس للقاضي أن يضيف أحد الخصمين[7].

٦-ويكره للقاضي أن يفتي للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسألة فقال :(إنما أقضي ولست أفتي) [8].

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ٥/٤٥٠، و الخطيب الشربيني: مغني المحتاج٦ /٣٠١

[2] هوعبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين: فقيه، من أكابر الحنابلة، له تصانيف، منها " المغني – ط " شرح به مختصر الخرقي، في الفقه، و " روضة الناظر وغير ذلك.ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) (٥٤١ – ٦٢٠ هـ = ١١٤٦ – ١٢٢٣ م) وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة ٥٦١ هـ فأقام نحو أربع سنين، وعاد إلى دمشق، وفيها وفاته :الأعلام للزركلي ٤/٦٧

[3] ابن قدامة :المغني ١١ /٤٣٧

[4] ابن الهمام:شرح فتح القدير ٧ /٢٧٢

[5] ابن فرحون :تبصرة الحكام ١/ ٦٦

[6] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٦ /٣٠٢

[7] ابن الهمام:شرح فتح القدير ٧ /٢٧٤

[8] السرخسي: المبسوط ١٦ /٧٥

المطلب الثالث: علنية المحاكمة

إن الواقع العملي الذي كان عليه قضاء رسول الله ـ صلى عليه وسلم ـ وأصحابه من بعده هو العلانية في المسجد أو في مكان عام لا يمنع منه أحد من دخوله ، فقد روي عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه كان يقضي بين الخصوم في معتكفه ، وكان الخلفاء الراشدون يجلسون في المساجد للفصل في الخصومات . بل روي عن بعض القضاة أنهم كانوا يقضون في الطريق العام من غير مضايقة للمارة[١].

وقال العلماء:[٢]

لا يقضي القاضي إلا بحضرة أهل العلم ومشورتهم؛ لأن الله تعالى يقول لنبيه: وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِۖ[٣]

وقال الحسن البصري[٤]: كان رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ:

مستغنيا عن مشاورتهم ولكنه أراد ان تصير سنة للحكام[٥].

---

[١] البخاري: الجامع الصحيح في باب القضاء والفتيا في الطريق. ٩ /٨٠

[٢] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٨٦

[٣] آل عمران ١٥٩

[٤] هوالحسن بن يسار البصري، أبو سعيد: تابعي، كان إمام أهل البصرة، وحبر الأمة في زمنه،وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشجعان النساك. ولد بالمدينة، وشب في كنف علي بن أبي طالب(٢١ – ١١٠ هـ = ٦٤٢ – ٧٢٨ م)، واستكتبه الربيع بن زياد والي خراسان في عهد معاوية، وسكن البصرة. وعظمت هيبته في القلوب فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم، لا يخاف في الحق لومة لائم. وكان أبوه من أهل ميسان، مولى لبعض الانصار. قال الغزالي: كان الحسن البصري أشبه الناس كلاما بكلام الانبياء، وأقربهم هديا من الصحابة. وكان غاية في الفصاحة،تتصبب الحمكة من فيه. وله مع الحجاج بن يوسف مواقف، وقد سلم من أذاه. ولما ولي عمر بن عبد العزيز الخلافة كتب إليه: إني قد ابتليت بهذا الامر فانظر لي أعوانا يعينونني عليه. فأجابه الحسن: أما أبناء الدنيا فلا تريدهم، وأما أبناء الآخرة فلا يريدونك، فاستعن بالله. الأعلام للزركلي ٢ /٢٢٦

[٥] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٨٦

وكان أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ يحضرعمر وعثمان وعليًّا ـ رضي الله عنهم ـ إذا أراد أن يحكم حتى قال أحمد :يحضر مجلسه العلماء من كل مذهب، ويشاورهم فيما يشكل عليه [1].

وروي عن عثمان أنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم [2] .

وعقب العالم المالكي اشهب [3]على هذا فقال : إلا أن يخاف القاضي المضرة من جلوسهم –أهل الشورى من الفقهاء –ويشتغل قلبه بهم وبالحذر منهم حتى يكون ذلك نقصانا في فهمه أحب إلي أن لا يجلسوا إليه[4].

ومع أن الفقهاء لم يستنبطوا من ذلك الواقع الكريم الذي كان عليه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وصحابته وجوب العلنية في المحاكمة ، فإنه لا أقل من أن يعطي ولي الأمر الحقَّ في فرضه على القضاة، ولو كان ذلك في كل حادثة خصوصا وأن مبرراتِه في هذا العصر أشدّ وأقوى من قبل؛ بسبب فساد الزمان، وعدم التشدد في شروط القضاة .

---

[1] ابن الهمام :شرح فتح القدير٧ /٢٧١

[2] المصدر نفسه

[3] هو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، أبو عمرو: (١٤٥ - ٢٠٤ هـ = ٧٦٢ - ٨١٩ م) فقيه الديار المصرية في عصره. كان صاحب الإمام مالك. قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. مات بمصر .الأعلام للزركلي ١ /٣٣٣ .

[4] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٨٦

ولكن يجدر بنا أن لانغفل أمرا اهتم به الفقهاء في هذا المقام، واستحبوه للقضاة، وهو حضور العلماء مجلس القضاء ، بل استحبوا للقاضي نفسه دعوتهم لذلك ، إلا إذا كان يدخله حصر- أي حرج- من قعودهم عنده فيجلس وحده، ولكنَّه يستشيرهم خارج مجلس القضاء .

واستحبوا له ذلك من أجل استشارتهم وإتاحة الفرصة لهم في مراقبته من حيث معاملتُه للخصوم، وفهمُه للقضية، وتطبيق أحكام الشرع على الواقع [١].

قال الكمال بن الهمام [٢]:ويجلس معه -القاضي – من كان يجلس قبل ذلك؛ لانَّ في جلوسه وحده تهمة، واستدل بما روي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أنَّه كان يحضر أربعة من الصحابة لمشاورتهم، وأنَّ أبا بكر كان يحضر عمر وعثمان وعليًّا،حتى قال أحمد:كان يحضر مجلسه العلماء من كـــــل مذهب،ويشاورهم فيما أشكل عليه [٣].

---

[١] ابن الهمام :شرح فتح القدير٧ /٢٧١

[٢] (٤)هومحمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم الاسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام: إمام، من علماء الحنفية.عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق.أصله من سيواس.ولد بالاسكندرية (٧٩٠ – ٨٦١ هـ = ١٣٨٨ – ١٤٥٧ م) ، ونبغ في القاهرة.وأقام بحلب مدة. وجاور بالحرمين.ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر.وكان معظما عند الملوك وأرباب الدولة.توفي بالقاهرة. من كتبه (فتح القدير – ط) في شرح الهداية، ثماني مجلدات في فقه الحنفية، و (التحرير – ط) في أصول الفقه .

[٣] ابن الهمام :شرح فتح القدير٧ /٢٧١

وقال في المهذب :والمستحب أنْ يحضر مجلسه – أي القاضي – الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل عليه[1] لقوله تعالى:(وشاورهم في الامر)[2].

وقال ابن قدامة (قال اصحابنا :يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب حتى إذا حدثت حادثه يفتقر إلى أن يسألهم عنها ؛ ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها، فإنَّه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه [3].

وذهب الفقهاء إلى اكثر من هذا فقد نصَّ الفقهاء على أنه يؤذن للناس على العموم حضور مجلس القضاء، وهذا يشمل ما إذا كان الداخل طرفا في الخصومة أم لم يكن ولا يمنع أحدا لأنَّ لكلِّ واحدٍ حقًّا في مجلسه [4].

ويتضح مما تقدم أن الفقهاء جعلوا حضور أهل العلم أمرا مستحبا وليس واجبا، إلاَّ أنَّ بعض الفقهاء قال بالوجوب [5].

---

[1] الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي ،تحقيق:عادل احمد عبد الموجود(بيروت:دار المعرفة ،ط١ ، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م) ٣ /٦٠٩

[2] آل عمران (٥٩)

[3] ابن قدامة : المغني ١١ /٣٩٦

[4] ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ، المعروف بابن نجيم المصري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ،(بيروت: دار المعرفة، بدون تاريخ) ٦/ ٣٠٢

[5] الدمياطي:اعانة الطالبين ٤ /٤٥٩

ويشير إلى ذلك ما نقل عن ابن عطية المالكي[1] قوله (من لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب، وهذا مما لاخلاف فيه)[2] .

واشترط غيره حضور العلماء مجلس القضاء إذا كان القاضي بليدا، أو كان في القضية إشكال، وفي ذلك يقول الشيخ عليش:[3]

(ينبغي للقاضي أن يحضر العلماء مجلس القضاء في معضلة أو يشاورهم ، وإن كان بليدا بلادة لايمكنه معها ضبط قول الخصمين، وتصور الحقيقة لم يختلف في وجوب حضورهم) .[4]

---

[1] هو عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية المحاربي،(٤٨١ – ٥٤٢ هـ = ١٠٨٨ – ١١٤٨ م) من محارب قيس، الغرناطي، أبو محمد: مفسر فقيه، أندلسي، من أهل غرناطة. عارف بالاحكام والحديث، له شعر. ولي قضاء المرية، وكان يكثر الغزوات في جيوش الملثمين. وتوفي بلورقة. له (المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز – خ) في عشر مجلدات . الأعلام للزركلي٣ /٢٨٢ .

[2] الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،تحقيق: زكريا عميرات(بيروت :دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٦ه –١٩٩٥م) ٨ / ١٠٨ .

[3] هومحمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله: فقيه، من أعيان المالكية. مغربي الاصل، من أهل طرابلس الغرب. ولد بالقاهرة(١٢١٧ – ١٢٩٩ هـ = ١٨٠٢ – ١٨٨٢ م) وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه. ولما كانت ثورة عرابي باشا اتهم بموالاتها، فأخذ من داره، وهو مريض، محمولا لا حراك به، وألقي في سجن المستشفى، فتوفي فيه، بالقاهرة. من تصانيفه (فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك – ط) جزآن، وهو مجموع فتاويه، و (منح الجليل على مختصر خليل – ط).الأعلام للزركلي ٦ / ١٩ .

[4] عليش، محمد :منح الجليل شرح مختصر خليل ١٧ /٣٥٣ .

ويقول الشربيني [1]:في مغني المحتاج نقلا عن القاضي حسين[2]:(وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة وإلا فمستحبة).[3]

وهذا النوع من العلانية والمراقبة أجدى نفعاً من مراقبة العوام ، فإن اللحن في الحجج والالتواء في الاستنتاج غدا في أيامنا هذه أيسر طرقاً ، وأوسع مجالاً ، من أي وقت مضى ،خصوصاً بعد ما أصبحت مهنة المحاماة من أربح المهن ولم يعد الهدف المقصود بها إظهار الحق وإزهاق الباطل ، وإنما جمع الأموال وكسب الشهرة ، ولو أدى ذلك إلى عكس المقصود بالقضاء ، وهو حماية الحقوق وردها إلى أهلها.

وإن إتاحة الفرصة للعلماء من الأمة لمراقبة القضاة والمحامين أفضل من مراقبة الناس عامة ، فهم أقدر من غيرهم على اكتشاف انحرافهم وفنونهم في الالتواء والتأويل . [4]

---

[1] هومحمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين: فقيه شافعي، مفسر. من أهل القاهرة. (٠٠٠ - ٩٧٧ هـ = ٠٠٠ - ١٥٧٠ م) له تصانيف، منها (السراج المنير - ط) أربعة مجلدات، في تفسير القرآن، و (الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - ط) مجلدان، و (مغني المحتاج - ط) أربعة أجزاء، في شرح منهاج الطالبين للنووي.الأعلام للزركلي ٦/ ٦ .

[2] هو أبو علي الحسين بن محمد بن أحمد المروزي الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي صاحب التعليقة في الفقه؛ كان إماماً كبيراً صاحب وجوه غريبة في المذهب، وكلما قال إمام الحرمين في كتاب " نهاية المطلب " والغزالي في " الوسيط والبسيط " : " وقال القاضي " فهو المراد بالذكر لا سواه. أخذ الفقه عن أبي بكر القفال المروزي ،وصنف في الأصول والفروع والخلاف، ولم يزل يحكم بين الناس ويدرس ويفتي، وأخذ عنه الفقه جماعة من الأعيان، منهم أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي صاحب كتاب " التهذيب " وكتاب " شرح السنة " وغيرهما. وتوفي في سنة اثنتين وستين وأربعمائة بمروز - رحمه الله تعالى - . ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: ٢ /١٣٤ .

[3] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج(٦ /٣٠٠) .

[4] ياسين ، محمد نعيم:نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية.(عمان :دار النفائس، ط٣ ،١٤٢٥هـ -٢٠٠٥م) ص٤٥٢

وقد نصت مجلة الاحكام العدلية في المادة (١٨١٥)على أنَّه (يُجْرِي الْقَاضِي الْمُحَاكَمَةَ عَلَنًا وَلَكِنْ لا يُفْشِي الْوَجْهَ الَّذِي سَيَحْكُمُ بِهِ قَبْلَ الْحُكْمِ) .ثم علق شارحها وقال: يُجْرِي الْقَاضِي الْمُحَاكَمَةَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ عَلَنًا أَيْ أَنَّهُ لا يَمْنَعُ الأَشْخَاصَ الَّذِينَ يَحْضُرُونَ الْمُحَاكَمَةَ لِسَمَاعِهَا مِنْ الْحُضُورِ .[1]

ولكن لكل قاعدة استثناء ، فقد تكون بعض الأمور تحتاج حتماً للسرية ، ومنع اطلاع الآخرين عليها ، كالمحافظة على النظام العام في أسرار الدولة ، أو لمراعاة الآداب الاجتماعية لمنع انتشار الأفعال المخلة بالآداب ، ومنع سماعها ، أو للحفاظ على حرمة الأسرة في أسرار الحياة الزوجية ، والعلاقة بين الأسرة وهذا لايتنافى مع الشريعة الاسلامية ومرونتها؛ لأنها راعت المصلحة مالم تصادم ثوابتها .

إن الأصل في القضاء الإسلامي هو العلانية ؛ حتى تكون الدعوى معلومة ، فيدخل في الخصومة من يجد أنها تتعدى إليه ، أو له بها علاقة وفي هذا يقول ابن نجيم:(وَيَأْذَنُ –أي القاضي– لِلنَّاسِ على الْعُمُومِ وَلاَ يَمْنَعُ أَحَدًا؛ لأَنَّ لِكُلِّ أَحَدٍ حَقًّا في مَجْلِسِهِ) [2] ، وحتى يحصل الاطمئنان لدى الخصوم ، والردع والزجر لدى الحاضرين.[3]

---

[1] حيدرعلي: درر الحكام ٤ /٥٧٠

[2] ابن نجيم، : البحر الرائق ٦/ ٣٠٢ .

[3] ابن الهمام: شرح فتح القدير ٥/ ٢١٢ .

ومفهوم علانية المحاكمة أصبح يعني في العصر الحاضر أن يتم نظر الدعوى في جلسات مفتوحة للجميع ، يكون لكل شخص الحق في حضورها ، وأن يصدر الحكم في جلسة علنية ، وأن يسمح بنشر ما يحدث في الجلسات من مناقشة ، وأن يسمح بنشر الأحكام التي تصدر .

وقد بالغت الشريعة الاسلامية في علانية القضاء وإصدار الاحكام وحتى علانية التنفيذ وذلك أنَّ الأصل في الشريعة الإسلامية أن يكون تنفيذ الاحكام علنياً، ففي الزنا مثلا يقول الله تعالى: ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[1] وقد جرت السنة بهذا، ويستوي في ذلك القتل وغير القتل .[2]

ولا ننسى مع كل هذا أن فقهاء المسلمين شددوا كثيرا في شروط تعيين القاضي بما يحقق أضعاف ما يحققه ذلك المبدأ المشار اليه-علانية المحاكمة- من ضمان العدل والمساواة، ومن ذلك ما جاء في المغني لابن قدامة:

وينبغي أن يكون الحاكم قويا من غير عنف لينا من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا ييأس الضعيف من عدله.

ويكون حليما متأنيا ذا فطنة، وتيقظ لا يؤتى من غفلة، ولا يخدع لغرة .

صحيح السمع والبصر، عالما بلغات أهل ولايته، عفيفا ورعا نزها بعيدا عن الطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة لكلامه.

---

[1] النور(٢) .

[2] عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ،(القاهرة:مكتبة التراث ط١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م) ١ /٦٦١.

لينا إذا قرب وهيبة إذا أوعد، ووفاء إذا وعد، ولا يكون جبارا، ولا عسوفا، فيقطع ذا الحجة عن حجته .

قال علي ـ رضي الله عنه ـ لا ينبغي أن يكون القاضي قاضيا حتى تكون فيه خمس خصال : عفيف، حليم، عالم بما كان قبله يستشير ذوي الألباب، لا يخاف في الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز ـ رضي الله عنه ـ قال : ينبغي للقاضي أن تجتمع فيه سبع خلال وإن فاتته واحدة كانت فيه وصمة : العقل ،والفقه، والورع، والنزاهة ،والصرامة، والعلم بالسنن والحكم [1].

وإن هذا الذي اشترطوه في القاضي لأعظم ضمان للعدل؛ لأن مراقبة الله هي أحسن ضابط للإنسان من الزيغ والانحراف، والذي يخاف الله ويخشاه لم تحدثه نفسه بالانحراف أبدا , وأما الخوف من الناس فليس بشيء إذ يستطيع أن يموه عليهم ويضللهم ليظهر أمامهم منصفا وهو في حقيقته مغرق في الظلم والباطل [2].

---

[1] ابن قدامة :المغني ١١ /٣٨٦

[2] ياسين ،محمد نعيم:نظرية الدعوى ص ٤٥٣

المطلب الربع : المواجهة بين الخصوم

يمكن القول: إن المواجهة بين الخصوم من مقتضيات مبدأ المساواة بين الخصوم؛ لأن في سماع أحدهما دون الاخر تفضيلاً له عليه ، وحرماناً للآخر من سماع أقوال خصمه، والرد عليها والدفاع عن رأيه.[1]

والمواجهة بين الخصوم في المحاكمه أصل في القضاء الإسلامي إذ لا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم ،فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهما دون صاحبه لا في مجلس قضائه،ولا في خلوته، ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر[2].

وعليه أن ينصفهما في الاستماع منهما ،وأن ينصت لكل واحد منهما حتى تنفد حجته .

فقد روي أن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ جاءه رجل قد فقئت عينه ، فقال له عمر: تحضر خصمك ، فقال له : يا أمير المؤمنين ، أما بك من الغضب إلا ما أرى ، فقال له عمر : فلعلك فقأت عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه وقد فقئت عيناه معاً ، فقال ـ رضي الله عنه ـ : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء"[3].

---

[1] ياسين ،محمد نعيم: نظرية الدعوى ص٤٥٤

[2] ابن فرحون :تبصرة الحكام ١ /٩٥

[3] ابن حزم :المحلى ١٠/ ٢٤٢ .

كما يجوز للقاضي أن يطلع على الخصومه، فإن وجدها صالحةً للنظر استدعى الخصم، وإن وجدها باطلة ردها واستراح من عناء النظر فيها ،وذلك كأن يتبين من أقوال المدَّعي إذا كان يطلب ما هو محرم شرعا كثمن خمر أو خنزير، ونحو ذلك فيردها.[1]

أما إذا تعنت أحد الخصمين وتغيب جاز للقاضي النظر في الخصومه وإن ظل غائبا، فضلا عن أنه آثم مخالف لنص الكتاب.[2]قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ٤٨ ﴾ [3]

قال القرطبي[4]: في هذه الآية دليل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم؛ لأن الله ـ سبحانه ـ ذم من دعي إلى رسوله ليحكم بينه وبين خصمه بأقبح الذم . [5]

وقال الماوردي نقلا عن الأخفش: فيها دليل على أن من دعي إلى حاكم فعليه الإجابة،ويحرج إن تأخر[6]–أي يأثم– .

---

[1] ابن فرحون تبصرة الحكام ٢ /٤٩١.

[2] ابن فرحون :تبصرة الحكام ١ /٩٦.

[3] سورة النور ٤٨

[4] هومحمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الانصاري الخزرجي الأندلسي، أبو عبد الله، القرطبي: من كبار المفسرين. صالح متعبد. من أهل قرطبة. رحل إلى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب (في شمالي أسيوط، بمصر) وتوفي فيها(٦٧١ ه)ـ وكان ورعا متعبدا، طارحا للتكلف، يمشي بثوب واحد وعلى رأسه طاقية. من كتبه " الجامع لاحكام القرآن – ط والتذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة " الأعلام للزركلي ٥ / ٣٢٢ .

[5] القرطبي: أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن ،(القاهرة: دار الكتب المصرية ط٢ ، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤ م) ١٢ /٢٩٤.

[6] الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: النكت والعيون (تفسير الماوردى) تحقيق : السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم(بيروت:دار الكتب العلمية، بدون تاريخ) ٤ /١١٦.

لأنه عصى الله - عز وجل - حيث قال : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾ ﴾. [١]

وهكذا يجب على المطلوب الإجابه لما يدعى إليه ،فإن لم يمتثل ربما فسق إن لم يذكر عذرا .

ومن الأعذار التي تسقط وجوب الحضور: [٢]

١–المرض الذي لا يستطيع المطلوب معه الحضور إلى مجلس القضاء .

٢–إذا كان المدعى عليه امراة غير بارزة (لا تظهر)فقد يمنعها الحياء ويحصرها عن الإدلاء بحجتها، والدليل قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - (واغد يا أنيس على امراة هذا فإن اعترفت فارجمها)،[٣] فلم يكلفها الحضور وإنما بعث إليها رسولا. [٤]

٣–الجنون وزوال العقل بالإغماء وغيره .

---

[١] النور (٥١).

[٢] نقل ذلك محمد نعيم ياسين عن مخطوط بعنوان (روضة القضاة) لأَبي القاسم علي بن محمد السمناني .انظر: ياسين، محمد نعيم: نظرية الدعوى ص٥٠٠.

[٣] رواه البخاري في صحيحه برقم ٦٨٢٨.

[٤] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ /١٠٥.

أما بالنسبة لما أجاز الفقهاء من القضاء على الغائب البعيد الغيبة فهو خلاف الأصل المذكور ومشروط بشروط[1]:

١-إقامة الدعوى: ويشترط في القضاء على الغائب ما يشترط في الدعوى على الحاضر .

٢-أن يكون للمدعي بينة معدلة مقبولة يستقر بها عند القاضي علم بصدقها، بحيث لا يبقي القاضي أي احتمال بعدم ثبوت الحق وإلا لم تسمع الدعوى؛ لأنه لا فائدة في الدعوى عندئذ .

قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْه)[2].

٣-إقامة وكيل عن الغائب أو مسخر ينكر عنه .

٤-تحليف المدعي على ثبوت الحق له في ذمته أنه ما أبرأ الغائب من الدين، ولا استوفاه منه بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه .

٥-إعذار الغائب، وذلك بأن يعلن ثلاثة أيام أنه سمع على الغائب بينة، فإما أن يوكل أو يحضر وإلا حكم عليه .

---

[1] البغا ،محمد الحسن مصطفى :القضاء على الغائب،دراسة مقارنة مع القوانين السورية،ص١١بتصرف .

[2] مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري:صحيح مسلم،(بيروت:دار إحياء التراث العربي)تحقيق وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي حديث رقم ١٧١١ .

٦-أن لا يكون للغائب وكيل حاضر؛ لأن الدعوى إذا سمعت على الوكيل توجه الحكم اليه دون موكله ، فإن لم تسمع توجه الحكم على الغائب .

٧-إقامة كفيل يكفل المدعي بحيث إذا تبين بطلان دعواه ضمن للغائب ما أخذه؛ لئلا يضيع مال الغائب .

ثم إن الفقهاء احتفظوا للغائب بحقه في سماع دعوى خصمه وبينته إذا رجع،وجعلوا له بعد حضوره الحق في الطعن في إقوال خصمه وبينته.

و إنما خرجوا على الأصل المتقدم عند غياب الخصم غيبة بعيدة، دفعا لأشد الضررين، وهو ضياع الحق لو طالت الغيبة. خصوصا أن ضرر هذا الخروج عن الأصل يمكن الاحتياط له بما قرروه من حق الخصم في الطعن في بينة المدعي إذا رجع من غيابه.

المطلب الخامس: حرية الدفاع:

إن القاضي مأمور بإتاحة الفرصة لكل من طرفي الدعوى؛ لتقديم كل ما عندهما من حجج وغيرها؛ حتى لا يكون لأحد منهما عذر بعد الحكم؛ فيكون ذلك كما قال عمر ـ رضي الله عنه ـ :

(أجلى للعمى وأبلغ في العذر)[1].

[1] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم٢٠٥١٩ و معناه في مختصر ارواء الغليل برقم **٢٦٣٦** –
قول عمر في كتابه إلى أبي موسى الأشعري واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له حقه وإلا استحللت القضية عليه فإنه أنفى للشك وأجلى للغم – صحيح-.

يقول ابن القيم[1] – رحمه الله – : من تمام العدل ، أن المدعي قد تكون حجته أو بينته غائبة ، فلو عجل عليه بالحكم بطل حقه ، فإذا سأل أمدا تحضر فيه حجته أجيب إليه ، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام ، بل بحسب الحاجة ، فإن ظهر عناده ومدافعته للحاكم ، لم يضرب له أمدا ، بل يفصل الحكومة – يقضي فيها_. فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل ، فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم][2].

وفي رسالة سيدنا عمر لابي موسى الاشعري رضي الله عنهما: (ومن ادعى حقا غائبا أو بينة، فاضرب له أمدا ينتهي إليه فإن جاء ببينة أعطيته بحقه فإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فإن ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى)[3].

---

[1] ابن قيم الجوزية،هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، شمس الدين: من أركان الاصلاح الاسلامي، وأحد كبار العلماء.مولده ووفاته في دمشق(٦٩١ – ٧٥١ هـ = ١٢٩٢ – ١٣٥٠ م). تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن شئ من أقواله، بل ينتصر له في جميع ما يصدر عنه. وهو الذي هذب كتبه ونشر علمه، وسجن معه في قلعة دمشق، وأهين وعذب بسببه، وطيف به على جمل مضروبا بالعصا.وأطلق بعد موت ابن تيمية.وكان حسن الخلق محبوبا عند الناس، أغري بحب الكتب، فجمع منها عددا عظيما، وكتب بخطه الحسن شيئا كثيرا. وألف تصانيف كثيرة منها(إعلام الموقعين – ط) و (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)وغيرها الكثير ،انظر الأعلام للزركلي٦ /٥٦

[2] ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد،(بيروت: دار الجيل – ، ١٩٧٣) ١ /١١٠

[3]رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم(٢٠٥١٩)، ١٠ / ١٨٢

يقول السرخسي[1]: فيه دليل على أن القاضي عليه أن يمهل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من إقامة الحجة فيه ،حتى إذا قال المدعي بينتي حاضرة أمهله؛ ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الأول ، بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم .

وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي، ليأتي بدفعه، فإنه مأمور بالتسوية بينهما في عدله، وليكن إمهاله على وجه لا يضر بخصمه، فإن الاستعجال إضرار بمدعي الدفع، وفي تطويل مدة إمهاله إضرار بمن أثبت حقه، وخير الأمور أوسطها.[2]

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ اعطاء الفرصة للمدعى عليه في التهرب من إجابة دعوى المدعي، كأن يسكت أو يصر على عدم الإقرار والإنكار معا ، إذ بذلك لا يمكن معرفة وجه الحق، والحكم به؛ ولذلك قال بعض الفقهاء: إن المدعى عليه إن لم يجب على دعوى المدعي بإقرار أو إنكار، حُبسَ وأدِّبَ، فإن أصر على عدم الجواب حكم عليه؛ لأن الإصرار على ذلك في قوة الإنكار.

---

[1] السرخسي ، هو محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الائمة: ولد عام(٠٠٠ – ٤٨٣ هـ= ٠٠٠ – ١٠٩٠ م) قاض، من كبار الاحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه " المبسوط – ط " في الفقه والتشريع،ثلاثون جزءا، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة) وله " شرح الجامع الكبير للإمام محمد ،وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي، انظر الأعلام للزركلي ٥ / ٣١٥ .

[2] السرخسي، : المبسوط : ١٦ /١٢١

جاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير[1] :

(وإن لم يجب) المدعى عليه بإقرار ولا إنكار (حبس وأدب) بالضرب ،(ثم) إن استمر على عدم الجواب (حكم) عليه بالحق؛ لأنه في قوة الإقرار (بالحق بلا يمين) من المدعي؛ لأن اليمين فرع الجواب ، وهو لم يجب[2].

كما أن هذا المبدأ ايضا لا يعني حرية الخصومة بالمشاجرة والسب في مجلس القضاء، أو اتهام القاضي بالظلم ، فإذا حصل هذا، فللقاضي زجره وعقوبته. جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون:

(إذَا شَتَمَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ صَاحِبَهُ كقوله بِغَيْرِ حُجَّةٍ يَا ظَالِمُ يَا فَاجِرُ وَنَحْوُ ذَلِكَ زَجَرَهُ –القاضي–، وَيَضْرِبُ فِي مِثْلِ هَذَا إلا أَنْ تَكُونَ فَلْتَةً مِنْ ذِي مُرُوءَةٍ فَيَنْهَاهُ .

وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَدِّبَ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إذَا أَسَاءَ عَلَى الآخَرِ بِمَا يَسْتَحِقُّهُ ، لأَنَّ السِّبَابَ انْتِهَاكٌ لِحُرْمَةِ مَجْلِسِ الْقَاضِي وَالْحُكْمِ ،الا أَنَّ الْفُقَهَاءَ لا يُعِدُّونَ تَكْذِيبَ أَحَدِهِمْ لِلآخَرِ مِنْ السِّبَابِ ، وَلَوْ كَانَ بِصِيغَةِ " كَذَبْت " وَشِبْهِهَا مِنْ الصَّرِيحِ .

وَكَذَلِكَ يُؤَدَّبُ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ إذَا أَسَاءَ عَلَى الشُّهُودِ أَوْ أَهْلِ الْفَتْوَى أَوْ عَرَضَ لَهُمْ بِمَا يُؤَدِّبُهُمْ أَدَبًا مُوجِعًا وَيَلْزَمُهُ أَنْ يَأْمُرَ الْخَصْمَيْنِ إذَا جَاءَ الشُّهُودُ لأَدَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِمَا بِالسُّكُوتِ وَأَنْ

---

[1] هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية. ولد في بني عدي (بمصر) (١١٢٧ – ١٢٠١ هـ = ١٧١٥ – ١٧٨٦ م) .وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة. من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك – ط) و (منح التقدير – ط) مجلدان، في شرح مختصر خليل، فقه، و (تحفة الاخوان في علم البيان – ط) . انظر الأعلام للزركلي ١ / ٢٤٤.

[2] الدسوقي ،محمد بن أحمد بن عرفة :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(بيروت: دار الكتب العالمية ،ط١،١٤١٧هـ، ١٩٩٦م) ٦ / ٣٧ .

لا يَتَعَرَّضَا لِلشُّهُودِ بِتَوْبِيخٍ وَلا تَعْنِيتٍ ، فَإِنْ فَعَلا ذَلِكَ أَوْ فَعَلَهُ أَحَدُهُمَا بَعْدَ نَهْيٍ أُدِّبَ ، وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ بِحَسَبِ الْقَائِلِ و المقول له وَفِي " مُفِيدِ الْحُكَّامِ " لابْنِ هِشَامٍ أَنَّ مَنْ شَتَمَ رَجُلا فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ضُرِبَ عَشْرَةَ أَسْوَاطٍ[1].)

لأن احترام مجلس القضاء، وحسن التأدّب مع الخصوم والشهود، والتزام الخصم بحسن الحديث إذا حدَّث وحسن الاستماع إذا حُدث من شانه أن يتيح الفرصة لحرية الدفاع للخصوم، ومن ثَمَّ الوصول إلى الحق المتنازع فيه.

[1] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ١٠٢ .

المبحث الثاني: تعريف الدعوى ومشروعيتها وركنها

وفيه المطالب التالية:

المطلب الأوَّل: تعريف الدعوى ومشروعيتها

المطلب الثاني: ركن الدعوى وحكمها

المطلب الأول : تعريف الدعوى ومشروعيتها

وسأبين ذلك في فرعين : الفرع الأول: تعريف الدعوى ، والفرع الثاني:حكم الدعوى.

الفرع الأول: تعريف الدعوى :

يرتبط المعنى الاصطلاحي لأي لفظ بأصل المعنى الذي وضع من أجله اللفظ في اللغة برباط ما؛ ولذلك لا بد من بيان المعاني اللغوية أولا، ثم المعنى الاصطلاحي ثانيا.

الدعوى في اللغة : للدعوى في اللغة إطلاقات متعددة، ولعل أقرب هذة الإطلاقات إلى المعنى الاصطلاحي ما يأتي:

١_ الطلب والتمني[1] :وادعيت شيئا أي طلبته لنفسي، ودعوى فلان أي قوله، يقو ل الله تعالى: ﴿ لَهُمْ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾ ﴾[2]،أي يتمنون ويطلبون، وقال رسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ:(ما بال دعوى الجاهلية)[3] أنهم كانوا يدعون بها عند الأمر الشديد.

---

[1] الجرجاني،علي بن محمد:التعريفات،تحقيق :ابراهيم الابياري(بيروت:دار الكتاب العربي،ط١ ١٤٠٥هـ)١/١٣٩ .

[2] يس(٥٧) .

[3] عن جَابِرَ بْنَ عَبْدِ اللهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : كُنَّا فِي غَزَاةٍ– قَالَ سُفْيَانُ مَرَّةً فِي جَيْشٍ – فَكَسَعَ رَجُلٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ فَقَالَ الأَنْصَارِيُّ يَا لَلأَنْصَارِ وَقَالَ الْمُهَاجِرِيُّ يَا لَلْمُهَاجِرِينَ فَسَمِعَ ذَاكَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ مَا بَالُ دَعْوَى جَاهِلِيَّةٍ قَالُوا : يَا رَسُولَ اللهِ كَسَعَ رَجُلٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ فَقَالَ دَعُوهَا فَإِنَّهَا منتنة – رواه البخاري في صحيحه برقم ٤٩٠٥ ،قال النووي كسع بسين مخففة أي ضرب دبره وعجيزته بيد أو رجل أو سيف وغيره،أنظر: مسلم: صحيح مسلم حديث رقم ٢٥٨٤ .

٢ _ألزعم :

تطلق الدعوى عند العرب بمعنى ألزعم، إلا إذا كان القول مدعوما بالحجة، فعندئذ يصير حقا لا ادِّعاء، فلا تطلق على نبوة محمد ـ صلى الله عليه وسلم ؛لأنَّ ما صدر عنه كان مقرونا بالحجة الساطعة وهي المعجزة، بخلاف مسيلمة[١]الكذاب فقد زعم النبوة ،وادعاها بلا حجة[٢].

٣- الدعاء:

قال الله تعالى : ﴿ دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَٰمٌ ۚ وَءَاخِرُ دَعْوَىٰهُمْ أَنِ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿١٠﴾ ﴾ [٣]، والمقصود هو دعاء أهل الجنة بالتنزيه والتعظيم، ومثاله أيضا لو قلت اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين جاز[٤]

---

[١] مسيلمة بن ثمامة الوائلي ،متنبىء، وفي الامثال (اكذب من مسيلمة) ولد ونشأ باليمامة في نجد وتلقب في الجاهلية بالرحمن وادعى النبوة وكان يضع اسجاعا يضاهي بها القرأن واشتهر بمسيلمة الكذاب.- الزركلي : الأعلام ٢٢٦/٧.

[٢] ابن عابدين،محمد علاء الدين افندي:حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه ابي حنيفة.(بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر،١٤١٢ه -١٩٩٢م.) ٧ /٣٩٨

[٣]سورة يونس (١٠)

[٤] ابن منظور ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري:لسان العرب،(بيروت-دار صادر ،ط١) ١٤ / ٢٥٧

تعريف الدعوى اصطلاحا:

مع اتفاق فقهاء الشريعة الاسلامية على تحديد طبيعة الدعوى من حيث إنها تصرف قولي له شروط خاصة يعترف الشارع بقيامها، وبآثارها إلا أنها تنوعت [1] في اختيار الألفاظ المعرفة لها.

ومن أبرز هذه التعريفات :

تعريف الحنفية:

الدعوى: قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره ،أو دفعه عن حق نفسه[2].

و"قول": جنس في التعريف يشمل القول بطلب القول، أو الإخبار، أو القول أمام القاضي، أو أمام غيره،و"مقبول": قيد في التعريف لإخراج كل قول لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة في الدعوى، كالدعاوى الباطلة .

"عند القاضي": قيد لتمييز الدعوى بمعناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي[3].

---

[1] ياسين ، محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٧٨.

[2] ابن عابدين: حاشية رد المحتار ٧ /٣٩٨

[3] إن الدعوى متحققة بالقول المتضمن للطلب سواء أكانت عند القاضي أو عند غيره ويلحقون بالقاضي من يختاره المتنازعان حكما بينهما. إلا أن بعض الفقهاء قد ميز الدعوى أمام القاضي عنها أمام المُحكَّم، ذلك أن الدعوى أمام القاضي تولد الالزام، أما أمام المحكم فيكون التمييز بين إجابة المتنازعين أولا .انظر: ياسين،نظرية الدعوى ص٨١ .

"طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه" :هو مضمون القول المقبول ،وهو طلب الحق وعدم التعرض له.

ويؤخذ على هذا التعريف[1] :

١.إنه غير جامع للدعاوى التي ينشئها أصحابها بغير القول كالكتابة أوالإشارة.

٢.انه غير مانع، فيشمل دعوى الفضولي الذي يريد اثبات حق على غيره لدى الحاكم ،مع انه ليس صاحب صفة في الدعوى ،فهو يطالب لغيره لا لنفسه ولا لمن يمثله.

٣.دفعه عن حق نفسه:قيد لاحاجة له إذا قصد بالحق معناه الأعم الشامل للحق الوجودي والحق العدمي . [2]

---

[1] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى٨٣

[2] الحق الوجودي كقول المدعي : إن لي عند فلان مبلغا.

والحق العدمي : هو دفع التعرض، مثل لو ادعى أحد قائلا إنَّ فلانا يتعرض لي في الشيء الفلاني بدون حق فاطلب دفع تعرضه . انظر: علي حيدر : درر الحكام ٤ /١٥٢

تعريف المالكية :

الدعوى :طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا لا تكذبها العادة[1].

"طلب معين" : إشارة إلى شرط المعلومية في الحق المدعى، ولا يشمل إلا دعوى المطالبة بعين .

"ما في ذمة معين" : إما أن يكون معينا بالشخص كالدعوى على زيد ، أو معينا بصفة كدعوى القتل على جماعة .

"ما يترتب عليه أحدهما":إشارة إلى الحالة التي لا يكون المدعى به فيها حقا من الحقوق، ولكنه يترتب عليه طلب حق معين كدعوى الوارث المسلم أن أباه مات مسلما، فيترتب له في هذه الحالة الميراث .

"معتبرة شرعا ":أي ما يترتب عليها نفع شرعي، وهذا القيد يخرج دعاوى الشيء البسيط التافه كدعوى سمسمة أوعشرها، فإن مثل هذه الدعاوى لا تسمع .

"لا تكذبها العادة": كدعوى رجل أن فلانا الأصغر منه سنا هو ابوه.

---

[1] القرافي : الفروق ٤ / ١٥٣

ويؤخذ على هذا التعريف[1]:

١.أن التعريف غير مانع لدخول الدعوى بمعناها اللغوي؛ وذلك لعدم تقييد الطلب بكونه في مجلس القضاء.

٢.أن التعريف غير جامع، فلم يشمل حماية الحق.

٣.إضافة قيد لا تكذ بها العادة لا حاجة له؛ لأن كل شيء كذبته العادة غير معتبر شرعا، وقد ذكر قيد "معتبرة شرعا"من قبل.

٤.قيد"معين أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما"فيه إطالة لا حاجة لها، وكان يمكن الاستعاضة عنه بكلمة الحق؛ لأنها تفيد ما يشمله القيد.

٥.التعريف يشمل دعوى الفضولي مع أنه ليس صاحب صفة في الدعوى.

تعريف الشافعية :

الدعوى: هي إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به[2].

---

[1] البدارين ،محمد ابراهيم:الدعوى بين الفقه والقانون.(عمان :دار الثقافة٢٠٠٦م) ٣٥

[2] البجيرمي ،سليمان بن محمد : حاشية البجيرمي على الخطيب ،تحقيق:نصر فريد واصل،(مصر:المكتبة الوقفية،بدون تاريخ) ٥ / ٣٧٥ .

"والإخبار" عند القاضي يتضمن الطلب بالحق؛ لذلك لم يصرحوا بالطلب؛ لأن مجلس القضاء ما أنشئ إلا للفصل بين المتخاصمين، وسبيلا لاقتضاء الحقوق، وحمايتها ، لا لسماع القصص والحكايات .

"حق للمخبر" :له متعلق به سواء أكان أصيلا أم وكيلا أم وليا، وخرجت الشهادة بقوله؛ لأن الشهادة إخبار بحق على غيره .

"عند حاكم ":هذا القيد لإخراج الدعوى بمعناها اللغوي.

تعريف الحنبلية:

الدعوى إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاقَ شيء في يد غيره أو في ذمته[١].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه[٢] :

[١] المرداوي ،علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان:الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل.(بيروت :دار احياء التراث العربي ط١ ، ١٤١٩هـ) ١١ /٢٧٥ .

وانظر:البهوتي،منصور بن يونس :كشاف القناع عن متن الإ قناع . تحقيق: محمد حسن محمد.(بيوت:دار الكتب العلمية ط١ ، ١٤١٨ه _١٩٩٧م). ٦ / ٤٨٧ .

[٢] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى٨٣

١.غير مانع ؛لأنه لايفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي، والدعوى بمعناها الشرعي؛ لأنه أغفل ذكر المكان وهو مجلس القضاء .

٢.غير جامع؛ لأن دعوى النسب مثلا لا تتضمن إضافة استحقاق شيء جديد في يد غيره ولا في ذمته.

٣.قيد "شيء في يد غيره أو في ذمته "فيه إطالة، ويمكن الاستعاضه عنه بكلمة الحق.

٤.لم يتعرض التعريف لحماية الحق، وهي منع التعرض؛ لأنه حدد الاستحقاق في يد غيره أو في ذمته ،و لو أطلق كلمة الحق لما ساغ لي الاعتراض؛ لأن الحق يشمل الحق الوجودي والحق العدمي.

تعريف علي حيدر:

الدعوى هي طلب أحد حقَّه من آخر قولا، أو كتابة، في حضور القاضي حال المنازعة ، بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق إلى نفسه ،أو إلى الشخص الذي ينوب عنه[1].

ويؤخذ[2] على هذا التعريف طوله ،إذ إنَّ الأصل في التعريفات الاختصار .

[1] علي حيدر :درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤ /١٥١ .

[2] البدارين ،محمد ابراهيم:الدعوى بين الفقه والقانون ٣٨

ثمَّ إن قوله أو" كتابة":غير سائغ ؛لأن الأصل أن الدعوى تصرف قولي، ولا يصار إلى الكتابة أو الإشارة إلا عند العذر .

وكذلك قيد "حال المنازعة "لا فائدة منه ؛لأن الدعوى عند القاضي لا تكون إلا حال المنازعة .

وقيد "لفظ يدل على الجزم": فيه إطالة، ويمكن الاستعاضة عنه بكلمة مقبول .

التعريف المختار للدعوى:

الذي أميل إليه من التعريفات السابقة هو تعريف الشافعية مع زيادة قيد "مقبول" .

ليصبح التعريف كما يأتي :

الدعوى: إخبار مقبول عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به.

شرح مفردات التعريف:

"إخبار ": جنس في التعريف يشمل القول والكتابة والإشارة وكل ما يوحي إلى وجوب الحق للمخبر على غيره عند الحاكم.

فإن قيل : إن الدعوى في الأصل تصرف قولي مشروع أساسها القول بحيث لو قدمت كتابة فلا بد من تلاوتها مرة أخرى .

قلت: إن قيد "مقبول عند الحاكم "لايكون إلا بالقول لمن يستطيع الكلام ،ولا يقبل كتابة دون تلاوة للدعوى، وهذا لا يتعارض مع قولي "إخبار مقبول"، ذلك أن الاخبار المقبول يكون بالقول أولا، ولايصار إلى الكتابة أو الاشارة إلا عند عدم القدرة على القول.

"حق للمخبر": له تعلق بهذا الحق سواء أكان له أم لغيره ،فيشمل دعوى الأصيل والوكيل والولي وناظر الوقف، وخرجت الشهادة بقوله" له" ؛ لأن الشهادة إخبار بحق للمدعي على غيره .

"عند حاكم": وهذا القيد لتمييز الدعوى بمعناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي

"ليلزمه به": قيد لإخراج الدعوى من كونها على سبيل الحكاية .

فإن قيل :إن هذا التعريف لم يتعرض للمطالبة بالحق ،فمن الممكن أن يكون "الإخبار"على سبيل الحكاية لا على سبيل المطالبة.

فيجاب : بأن الإخبارعند الحاكم يتضمن الطلب بالحق .

ولم يصرح به؛ لأن مجلس القضاء ما أنشئ إلا للفصل بين المتخاصمين، وليكون سبيلا لاقتضاء الحقوق وحمايتها، لالسماع القصص والحكايات.

ثم إن كلمة"ليلزمه به"واضحة في المطالبة بالحق.

وإن اعترض على هذا التعريف بأنه لم يتعرض لحماية الحق أقصد (دعوى دفع التعرض).فيجاب بأن كلمة "حق " تشمل الحق الوجودي والحق العدمي وهو (حماية حق دفع التعرض)وكلاهما يطلق عليه "حق".

وإن قيل :هذا التعريف يشمل جميع الدعاوى سواء أكانت صحيحة أم باطلة. وسواء أكانت مشروعة أم ممنوعة ، فكلها يريد الإخبار عن حق له على غيره.

قلت: كيف يكون الإخبار بحق هو باطل،ثم إن قيد "مقبول"يستبعد الدعاوى الباطلة وغيرها التي لم تستكمل الشروط المطلوبة لصحتها، كما تستبعد كذلك دعوى الفضولي إلا إذا كان وكيلا أو وليا أو وصيا

الفرع الثاني: مشروعية الدعوى

الدعوى: ثابتة بالكتاب، والسنة، والإجماع،والمعقول [1]:

والدعوى تاخذ مشروعيتها من مشروعية القضاء نفسه، فهي ليست مشروعة لذاتها بل لما يترتب عليها من مقاصد، وهي قطع الخصومه بين الناس.

---

[1] علي حيدر: درر الحكام ٤ / ١٥٠

الكتاب :

قال الله ـ عز وجل ـ: "﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴾ ".[1]ففي هذه الآية دليل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم؛ لأن الله سبحانه ذم من دعي إلى رسوله؛ ليحكم بينه وبين خصمه فاعرض بأقبح الذم[2] .

ومعلوم أن العلماء ورثة الانبياء، والقضاة هم الموقعون عن الله تعالى في إظهار حكمه مما يدل على أن عدم إجابتهم يقتضي الذم الوارد في الآية الكريمة[3] .

قال بعض العلماء :إن مشروعية الدعوى تستفاد ـ أيضا ـ من قول الله ـ عز وجل ـ﴿ وَءَاتَيۡنَٰهُ ٱلۡحِكۡمَةَ وَفَصۡلَ ٱلۡخِطَابِ ﴾ [4].

وفصل الخطاب في الآية هو ما فصل به الأنبياء والرسل والمؤمنون والصالحون بين المتداعين، وهو

---

[1] سورة النور(٤٨).

[2]القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٢ /٢٩٤.

[3] الجصاص، أحمد بن علي : أحكام القرأن ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي. (بيروت :دار احياء التراث العربي ١٤٠٥هــ) ٥ / ١٨٩.

[4] سورة ص (٢٠)

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[1]

السنة

وردت أحاديثُ كثيرةٌ تدل على مشروعية الدعوى منها:

١. عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما:

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ[2].

وفي رواية أخرى: عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما عَنِ النَّبِىِّ -صلى الله عليه وسلم- قَالَ:

(لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ على ألمدعى عليه)، وهذا اصل في مشروعية ألدعوى [3] **.**

٢.وعن أُمَّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا زَوْجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ سَمِعَ خُصُومَةً بِبَابِ حُجْرَتِهِ فَخَرَجَ إِلَيْهِمْ فَقَالَ :(إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ

---

[1] ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر : تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة . (دار طيبة للنشر والتوزيع ، ط٢ ، ١٤٢٠هـ _١٩٩٩م)٧ / ٥٩.

[2] رواه البخاري في صحيحه برقم (٤٥٥٢).

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ٢٠٩٨٦.و **أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ فِى الصَّحِيحِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ جُرَيْجٍ برقم١٧١١ وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِىُّ مِنْ وَجْهٍ آخَرَ عَنِ ابْنِ أَبِى مُلَيْكَةَبرقم ٤٥٥٢.**

أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ فَأَحْسِبُ أَنَّهُ صَدَقَ فَأَقْضِيَ لَهُ بِذَلِكَ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ مُسْلِمٍ فَإِنَّمَا هِيَ قِطْعَةٌ مِنْ النَّارِ فَلْيَأْخُذْهَا أَوْ فَلْيَتْرُكْها)[1]

والحديث يدل على حكمه ـ صلى الله عليه وسلم ـ بعد وجود الدعوى من أحد الطرفين والإجابة من الطرف الآخر ثم إقامة البينة أو اليمين ، وكلها من مفردات الدعوى، فدل على مشروعيتها.

الاجماع:

وُجِدَتِ الدَّعاوى في عهد الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ والصحابة والتابعين، ومن بعدهم إلى يومنا هذا من دون مخالف ؛وذلك لضرورتها، وحاجتها لقطع الخصومات، وإنهاء ألمنازعات[2].

المعقول[3]:

إن المعاملات بين الناس لا تنتهي فأساسها المشاحة؛ للحفاظ على الحقوق،لذلك يعتريها التجاحد وإنكار الحقوق في بعض الأحيان.

[1] رواه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٥٨).

[2] حيدر، علي : درر الحكام ٤/ ١٥٠ . وانظر:ابو البصل ، عبد الناصر : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ،رسالة ماجستير (عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ط١ ، ١٩٩٩م.) ص ١٢٣

[3] المراد بالمعقول هو الوقوف على مقاصد الشريعة بالعقل استنادا الى النص

المطلب الثاني : ركن الدعوى وحكمها

ويتفرع الى الفروع التالية: الفرع الأول: ركن الدعوى ، والفرع الثاني: حكم الدعوى

الفرع الأول: ركن الدعوى

ركن الشيء في اللغة: جانبه القوي، فيكون عينه، ورُكْنُ الرَّجُل قومه وعَدَدُه ومادّته وفي التنزيل العزيز، قال: ﴿ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ ءَاوِيٓ إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ ۝٨٠ ﴾[1]، والرُّكْنُ الأَمر العظيم.

والركن ما يتم به الشيء وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه.[2]

الركن اصطلاحا:

هو ما يكون به قوام الشيء وهو داخل في ما هيته . وهو ما لا بد منه؛ لتصور الشيء ووجوده سواء أ كان جزءا منه أم مختصا به، [3] ويعتبر الفاعل ركنا بالنسبة للأفعال الصادرة عن الناس بالمعنى الاصطلاحي؛ لأنه لا يتصور وجود هذا الفعل بدون الفاعل فيدخل في أركان الدعوى: المدعي والمدعى عليه، كما يدخل في جملة أركان العقد العاقدان، وهذا عند الجمهور .

---

[1] هود (٨٠) .

[2] ابن منظور : لسان العرب ١٣ / ١٨٥ ،وانظر:الجرجاني،علي بن محمد: التعريفات، ١ /١٤٩.

[3] الفيومي ،أحمد بن محمد علي : المصباح المنير ،(بيروت :مكتبة لبنان ١٩٩٠م) ص٩١.

أما عند الحنفية فركن الشَّيء هو ما يقوم به ذلك الشيء ، ويكون داخلا في ماهيته، كالقيام والركوع في الصلاة [1] .

ومثال ذلك في التصرفات القولية :ركن العقد وهو الإيجاب والقبول، وعلى هذا فلا يعد الفاعل ركنا في فعله بالمعنى الاصطلاحي عندهم – أقصد الحنفية –؛ لأن الفاعل ليس عنصرا ذاتيا في معنى الفعل وماهيته .وهذا التعريف أكثر انسجاما مع التعريف اللغوي للركن.

وركن الدعوى :

هو القول المقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء بحيث يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله، أو حمايته . ولا يشترط لفظ مخصوص لطلب الحق، وإنما يصح أي لفظ يدل على الطلب، أو أي تعبير آخر إن تعذر اللفظ وهذا يكاد يكون متفقا عليه عند الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا فى الركن، هل هو التعبير الطلبي من قول أو كتابة أو إشارة أم أنه مدلول ذلك التعبير؟ أم أنه كلا الأمرين: الدال والمدلول[2]؟

---

[1] السرخسي،ابوبكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أصول السرخسي ،(بيروت: دار الكتب العلمية،ط ١– ١٤١٤ه — ١٩٩٣م) ٢/ ١٢ . وانظر:البركتي،محمد عميم الإحسان: قواعد الفقه ،(كراتشي:الصدف ببلشرز ١٤٠٧هـ _١٩٨٦م)ص١١٧ .

[2] ياسين، محمد نعيم :نظرية الدعوى ص ١٧١.

أ. فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى أن ركن الدعوى هو قول الرجل لي على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان، أوابرأني عن حقه، ونحو ذلك، فإذا قال ذلك فقد تم الركن[1].

وقد استند هذا الفريق إلى أن مدلول التعبير لا يظهر إلا به ، فهو مرتبط به وجودا وعدما فتجعل العبرة بالدال لا بالمدلول.

ب.وذهب فريق آخر إلى أن الركن ليس القول نفسه،إنما مدلول القول، أي ما يدل على القول وهو إضافة الحق إلى نفسه أو من ينوب عنه، والأول كقوله :لي عليه كذا، والثاني كقوله :أدعي على فلان عشرين جنيها لموكلي فلان من ثمن دار بعتها .وحجة هؤلاء أن الركن هو الماهية، والتعبير وسيلة فحسب[2] .

ج.وذهب فريق ثالث إلى أن الركن هو كلا الأمرين: الدال والمدلول، أي التعبير ومدلوله [3].

الفرع الثاني: حكم الدعوى :

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٢

[2] ابن عابدين، حاسية رد المحتار٧ / ٤٠٣

[3] الموسوعة الفقهية الكويتية،صادر عن :(وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ط ١٤٢٧ھ) ٢٠/ ٢٧٢ – ولقد رجح الدكتور محمد نعيم ياسين مذهب هذا الفريق؛ لأن قيام الدعوى يتوفق على الأمرين: الدال والمدلول . ياسين، محمد نعيم :نظرية الدعوى ص ١٧١.

الحكم لغة: القضاء، وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه، والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم، وحكمه في الأمر تحكيمًا أمره أن يحكم[1].

الحكم الشرعي عند الأصوليين: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلَّفين ،بالاقتضاء أو التخيير، أو الوضع[2].

وسأتناول في بحثي في حكم الدعوى مسألتين:

الأولى: حكم رفع الدعوى أمام القضاء من المدعي.

الثانية: حكم الجواب على الدعوى الصحيحة من قبل المدعي عليه.

المسألة الأولى: وهي حكم رفع الدعوى أمام القضاء من المدعي.

أما حكم رفع الدعوى أمام القضاء من المدعي فإنَّه منوط بصدق المدعي أو كذبه، ذلك أنَّ الدعوى تصرف قولي بالإرادة المنفردة، والقول يحتمل الصدق، كما أنَّه يحتمل الكذب.

---

[1] الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر: مختار الصحاح. تحقيق: محمود خاطر، (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١٤١٥ه_١٩٩٥م) ص١٦٧

[2] الشوكاني، محمد بن علي : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأُصول، تحقيق: أحمد عزو عناية، (دار الكتاب العربي، ط١ ١٤١٩ه_١٩٩٩م)، ١/ ٢٥

ا. فإذا كان المدعي صادقا في دعواه، ويغلب على ظنّه أنَّه صاحب حق في دعواه، ففي هذه الحالة يكون حكم رفع الدعوى أمام القضاء من قبل المدعي لتحصيل الحق هو الإباحة، فله أن يرفع دعوى للقضاء، وله أن يترك أو يتنازل عن حقه ، وكل ذلك مباح ، إلا إذا كانت الدعوى دعوى حسبة، [1] أي يغلب فيها حق الله تعالى، ففي هذه الحالة يجب عليه رفعها للقضاء لان هذا ضرب من ضروب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر الواجبين وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ب. أما إذا كان المدعي كاذبا في دعواه، أو يغلب على ظنه أنه غير محقٍّ، ففي هذه الحالة يكون رفع الدعوى أمام القضاء من قبل المدعي هو الحرمة؛ لأنَّه يطالب حقًّا ليس له .

وكذلك الأمر إذا كان المدعى عليه غير ممتنع من أداء الحق المدعى به إذا طالبه به، وسبب الحرمة هو التشهير بالمدعى عليه، وإساءة سمعته ، وهذا ما نهى عنه رسول الله ـ صلَّى الله عليه وسلم ـ بقوله لا ضرر ولا ضرار[2].

---

[1] دعوى الحسبة : تلك الدعوى التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطالب بها حقا خاصا لنفسه ، وإنما يطلب بها حق الله تعالى، ويكون هو مدعيا وشاهدا في آن واحدٍ في هذه الدعوى، كما لو ادعى شخص بأن فلانا طلَّق زوجته ثلاثا ، وهو لا يزال يعاشرها معاشرة الأزواج، ويطلب التفريق بينهما .والحسبة أمر بمعروف أو نهي عن منكر، وهي من فروض الكفاية ، وقد تتعين على الشخص المعين إذا لم يوجد غيره يستطيع القيام بها .انظر : زيدان ،عبد الكريم : نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، (بيروت: مؤسسة الرسالة ،ط٢ ،١٤١٢ه _٢٠٠٠م) ص٩٥

[2] مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي : موطأ مالك – رواية يحيى الليثي، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي،(مصر: دار إحياء التراث العربي) ، ،وصححه الألباني في مختصر إرواء الغليل برقم ٨٩٦

المسألة الثانية: حكم الجواب على الدعوى الصحيحة من قبل المدعي عليه.

إذا صحَّتِ الدعوى من قبل المدعي فيجب الجواب على المدعى عليه بنعم، أو لا ، وذلك لقطع الخصومة بأداء الحق لصاحبه.

ثم إذا أنكر المدعى عليه، فعندها على المدعي إثبات حقِّه بوسيلة من وسائل الإثبات الشرعية.

وأما لو سكت فيعتَبَرُ إنكارًا إذا لم يكن هناك ما يمنعُهُ من الكلام كالخرس مثلاً[1].

ومن الأدلة على وجوب حضور المدعى عليه إلى مجلس القاضي للإجابة على الدعوى قول الله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ ﴾[2].

فقد ذمَّ من يترك ويعرض عن إجابة حكم القاضي؛ لأنَّ القاضي يظهر حكم الله تعالى، فكان الحضور واجبا؛ ليجيب على موضوع الدعوى [3] .

[1] قال الكاساني من الحنفية: ثم الإنكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الإنكار وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي عن غير آفة لأن الدعوى أوجبت الجواب عليه والجواب نوعان إقرار وإنكار فلا بد من حمل السكوت على أحدهما والحمل على الإنكار أولى لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت على الإنكار أولى فكان السكوت إنكارا دلالة -.الكاساني : بدائع الصنائع ٥/ ٣٣٦

[2] سورة النور(٤٨)

[3] الموصلي،عبدالله بن محمود بن مودود: الاختيار لتعليل المختار،تحقيق: عبد اللطيف محمد بن عبد الرحمن(بيروت: دار الكتب العلمية ط٣ ، ١٤٢٦هـــ _٢٠٠٥م)٢/ ١١٩ .

الفصل الأول : شروط المدعي والمدعى عليه في القضاء الإسلامي:

مقدمة : في معنى الشرط

المبحث الأول : اشتراط الأهلية في المدعي والمدعى عليه

المطلب الأول : تعريف الأهلية وأنواعها

المطلب الثاني : مذاهب الفقهاء في اشتراط الأهلية في المدعي والمدعى عليه

المطلب الثالث: تطبيقات فقهية في الدعوى متعلقة بناقص الأهلية وفاقدها

المبحث الثاني : اشتراط الصفة في المدعي والمدعى عليه

المطلب الأول : تعريف الصفة

المطلب الثاني : شرط الصفة في المدعي

المطلب الثالث : : شرط الصفة في المدعى عليه

مقدمة : في معنى الشرط

الشرط في اللغة :

هو إلزام الشيء، والتزامه، كما في البيع ونحوه [1].

والشرط بالتحريك ،العلامة، والجمع أشراط ، وفي التنزيل العزيز: ﴿فَقَدۡ جَآءَ أَشۡرَاطُهَا ﴾ [2].

وأَشْرَطَ طائفةً من إبله وغنمه، عزلها، واعلم أنَّها للبيع ، وأشرط فلان نفسه لكذا وكذا ،أعلمها وأعدها، ومنه سمِّي الشُرَط، لأنَّهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها[3].

الشرط في الاصطلاح الفقهيِّ :

الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم، ولايلزم من وجوده وجود ولا عدم[4].

وبيانه أنَّ الحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدمها، والقدرة على التسليم شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته،والإحصان شرط في سببية الزنا للرجم ، فعدمه يستلزم عدمها[5].

---

[1] الفيروزابادي ،محمد بن يعقوب : القاموس المحيط (١ / ٨٦٩)،وابن منظور :لسان العرب ٧ / ٣٢٩ .

[2] ﴿ فَهَلۡ يَنظُرُونَ إِلَّا ٱلسَّاعَةَ أَن تَأۡتِيَهُم بَغۡتَةٗۖ فَقَدۡ جَآءَ أَشۡرَاطُهَاۚ فَأَنَّىٰ لَهُمۡ إِذَا جَآءَتۡهُمۡ ذِكۡرَىٰهُمۡ ١٨ ﴾ محمد: ١٨

[3] ابن منظور،لسان العرب ٧ / ٣٢٩ .

[4] القرافي ، الفروق ١/ ١٠٦.

[5] الشوكاني،إرشاد الفحول ١/ ٢٧ .

وعرَّفه أحد الفقهاء المعاصرين بأنَّه كل أمر ربط به غيره عدمًا لا وجودا، وهو خارج عن ماهيته،أي أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط ، مثال ذلك أهلية العاقد فإنها شرط في كل عقد ، فالبيع لا ينعقد إذا كان أحد العاقدين مجنونا أو صغيرا . غير أن توفر الأهلية في العاقد لا يستوجب وجود البيع[1].

وهذه الشروط أمر خارج عن معنى العقد؛ لأنَّها ليست جزءًا ذاتيا في العمليَّة المسمَّاة العقد[2].

والشروط - بشكل عامٍّ - مكملات للأمور المشروطة لها في نظر الشارع، كتكميل الصفة للموصوف،بحيث إنَّ عدمها يخلُّ بالمقاصد الشرعية من الأحكام [3].

فقد عرَّفه الآمدي بما يدل على ذلك فقال:

والشرط ما كان عدمه مخلاًّ بحكمة السبب، فهو شرط السبب، كالقدرة على التسليم في باب البيع[4].

---

[1] الزرقا،مصطفى أحمد :المدخل الفقهي العام (دمشق : دار القلم، ط١ ،١٤١٨ه — ١٩٩٨م) ١ /٣٩٢.

[2] ياسين :نظرية الدعوى ص٢٦٩.

[3] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي ١ / ٣٩٣).

[4] الآمدي ، علي بن محمد أبو الحسن:الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق : د. سيد الجميلي(بيروت:دار الكتاب العربي ط١ ، ١٤٠٤هـ) ١ ١٧٥.

فالقدرة على تسليم المبيع مكملة لغاية البيع؛ لأنَّ سببَ الملكيةِ وغايتها الوصولُ إلى الانتفاع،فعدم تسليم المبيع يخل بهذه الغاية المشروع لأجلها ؛ لذا كانت هذه القدرة شرطاً في البيع[1].

وكذلك وجود الخصم في الدعوى فإنَّه مكمِّلٌ للغاية المقصودة من الدعوى، وهي حماية الحق أو استرداده ؛ لأنَّ عدم وجود الخصم معناه عدم حصول اعتداء على الحق، وبذلك تنتفي الفائدة من الدعوى ؛ لذا شُرِطَ توجُّهُ الدعوى إلى خصم ؛ من أجل اعتبارها صحيحة، ومنتجة لأحكامها [2].

أنواع الشرط باعتبار مصدر شرطيته

النوع الأوَّل : الشرط الشرعي

هو الذي يفرضه الشرع؛ فيجعل تحققه لازما لتحقق أمرٍ آخرَ رُبطَ به عدمًا، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر ، وهذا ما تقدم بيانه.

[1] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي(١ / ٣٩٣).

[2] ياسين :نظرية الدعوى ص٢٧٠ .

النوع الثاني : الشرط الارادي

هو الذي ينشئه الإنسان بتصرُّفه وإرادته؛ فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة عليه، ومرتبطة به، بحيث إذا لم يتحقق ذلك الأمر لاتتحقق تلك العقود والالتزامات[1].

والذي يهمني في بحثي هذا هو الشرط بالمعنى الأوَّل ، وهو الشرط الشرعي ، وهي الأمور التي ربط الشارع بها صحة الدعوى عدمًا، بحيث إذا نقص أحدها كانت الدعوى باطلة .

مثل شرط الأهلية، وشرط الصفة ... في كل من المدعي والمدعى عليه، وهذا ما سأبحثه في الفصل الأول ـ إن شاء الله تعالى ـ .

---

[1] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي العام ١ / ٣٩٤

المبحث الأول : اشتراط الأهلية في المدعي والمدعى عليه وفيه المطالب التالية:

المطلب الأوَّل : تعريف الأهليَّة وأنواعها

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في اشتراط الأهلية في المدعي والمدعى عليه

المطلب الثالث: تطبيقات فقهيَّة في الدعوى متعلِّقة بناقصِ الأَهْلِيَّة و فَاقِدِهَا

المطلب الأوَّل : تعريف الأهلية وأنواعها ويتفرع الى فرعين:

الفرع الأوَّل: تعريف الاهلية، والفرع الثاني: أنواع الأهلية.

الفرع الأوَّل: تعريف الاهلية

الأهلية في اللغة: الصلاحية [1].

والأهلية من خصائص الأشخاص، وتستعمل في اللغة ـ أيضًا ـ بمعنى الجدارة والاستحقاق والكفاية لأمر من الأمور، يقال فلان أهل للرئاسة ؛ أي هو جدير بها، وفلان أهل للعظائم؛ أي هو كفي بها[2].

الأهليَّة في الاصطلاح الفقهي:

صفةٌ يقدِّرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحًا لخطاب تشريعيٍّ [3].

وأهليات الأشخاص صفات تكاملية ؛ لأنَّها هي مراحل التكامل الإنساني جسمًا وعقلا، إذ أنَّ تكاليفَ الإسلام دينية وعملية، تتطلب القدرة البدنية إلى جانب الوعي العقلي، كالعبادات بأنواعها، وسائر الواجبات الكفائية كالجهاد مثلاً.

---

[1] علاء الدين البخاري ،عبد العزيز بن أحمد بن محمد، : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر،(بيوت: دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ٣ / ٥١٥ .

[2] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي العام ٢ / ٧٨٣ .

[3] المصدر نفسه .

فلا يتوجَّهُ التكليف الشرعي بشيء من ذلك على أحد إلاَّ إذا كان متمتعًا بالقدرة الجسميَّة إلى جانبِ العنصر العقلي؛ ليكونَ أهلاً لتحمل التكاليف .

وبهذا التكامل التدريجي يتهيَّأ الشخصُ أوَّلاً لثبوت الحقوق له ، ثم لثبوت الحقوق عليه ،ثم لصحة بعض التصرفات والمعاملات ، ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية عن الإخلال بكل ما يوجبه التشريع ، وعن الالتزامات التي يلتزمها بإرادته ويتعهد بها ، إذ تكمل أهليَّته بوصوله إلى مرحلة الرشد .

فهذا التكامل الإنساني الذي يتبعه كالظل – تكامل الأهلية التدريجي – إنَّما هو كفاية ولياقة ؛ أي أنَّه صفة وقابلية في الشخص تنمو وتتسع تدريجيًّا كسائر مواهبه .

وهذه القابلية إنَّما يعود إلى الشارع نفسه أمر تقديرها وتعيين درجاتها تبعا لمراحل التكامل في الشخص، ولسلامته من الآفات ؛ لأنَّ الشارع هو الحاكم المتكلم على الناس أمرًا ونهيًا بما يصلحهم ويصون حقوق أفرادهم وجماعتهم بتلك الأحكام التي يشرعها لهم . فإليه يعود تقديرُ كفاءَةِ كلٍّ من الناس لكلٍّ من تلك الأحكام [1].

الفرع الثاني: أنواع الأهلية

أوَّلا : أهلية الوجوب

[1] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي العام، بتصرف ٢ / ٧٨٣.

وهي صلاحية الشخص للالزام والالتز ام، والمراد بالإلزام ثبوت الحقوق له . وذلك كاستحقاقه قيمة المتلفات من أمواله على من يتلفها، وكانتقال الملكية له فيما يشتريه أو يقترضه وكوجوب نفقته على غيره ان كان هو فقيرًا عاجزًا .

والمراد بالالتزام : ثبوت الحقوق عليه ، كالتزامه بأداء ثمن ما يشتري ،وبدل القرض من ماله ،وكألتزامه بنفقة من تجب عليه نفقتهم من أقاربه الفقراء العاجزين ،فكل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لاجل نشوء حق له أو ترتب التزام هي أهلية وجوب [1].

وأهليَّة الوجوب نوعان :

أ- أهلية الوجوب الناقصة ، وتتمثل في الجنين في بطن أمه، باعتباره نفسًا مستقلَّة عن أمه ذا حياة خاصَّةٍ،فإنَّه صالح لوجوب الحقوق له من جهة له، لا عليه ؛ لأنَّ ذمته لم تكتمل ما دام في بطن أمه .

ب - أهلية الوجوب الكاملة ،هي التي تثبت للإنسان منذ ولادته ،وتثبت له لكمال ذمته، حينئذ من كل وجه،فيكون بهذا صالحاً لوجوب الحقوق له وعليه[2] .

ثانيا : أهلية الاداء

[1] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي العام، بتصرف ٢ / ٧٨٥

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ٧ /١٥٣ .

وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعًا [1] . أو أنها صلاحية

الشخص لمارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل . [2]

وهذا النوع من الأهلية هو الذي يهمني في أهلية المدعي والمدعى عليه في التقاضي.

وأهلية الاداء قسمان :

أ – أهليةُ أداءٍ قاصرةٌ ، وهي التي تثبت بقدرة قاصرة كالمميز الذي لم يبلغ الحلم ، أو الصبي في دور التمييز قبل البلوغ أو المعتوه، وذلك لأنَّ المعتوه ليس مختلَّ العقلِ، ولا فاقِدَه ، ولكنَّه ضعيف العقل ناقصُه، فحكمه حكم الصبي المميز، وكل منهما تصح تصرفاته النافعة له نفعا محضا، كقَبُوله الهباتِ والصدقاتِ بدون إذن وليِّه . أمَّا تصرفاتُه الضَّارة له ضررًا محضًا، كتبرعاته، وإسقاطاته، فلا تصح أصلا، ولو أجازها وليه. فهبته، ووصيته ووقفه وطلاقه وإعتاقه كل هذه باطلة، ولا تلحقها إجازة وليه .

أمَّا تصرفاته الدائرة بين النفع له والضرر به، فتصح منه، ولكنَّها تكون موقوفة على إذن وليِّه بها، فإن أجاز وليه العقدَ أو التصرفَ نفذ، وإنْ لم يجزْه بطل.

[1] البخاري: كشف الأسرار ٤ / ٣٣٥.

[2] الزرقا ،مصطفى : المدخل الفقهي ٢ /٧٨٦ .

فصحة أصل هذه العقود والتصرفات من المميز أو المعتوه مبنية على ثبوت أصل أهلية الأداء له، وكلها موقوفة على إذن أولي مبني على نقص هذه الأهلية .

فإذا انضم إذن الولي أو إجازته إلى التصرف جبر هذا النقص فاعتبر العقد أو التصرف من ذي أهلية كاملة[1].

ب – أهلية أداء كاملة،وهي عبارة عن بلوغ القدرتين العقلية والجسمية أولَ درجاتِ الكمالِ، وهو المراد بالشرع؛لأنَّ الأداءَ يتعلَّق بقدرتين : قدرةِ فهمِ الخطابِ، وذلك بالعقل وقدرةِ العملِ به، وهي البدن[2].

وتتحقق ببلوغ الإنسان العقل.والأصل أنَّ أهليَّة الأداء بالعقل، ولكنَّها ربطتْ بالبلوغ؛ لأنَّ البلوغ مظنة العقل، والأحكام تربط بعلل ظاهرة منضبطة، فالبالغ سواء أكان بلوغِهِ بالسنِّ أو بالعلامات يعتبر عاقلاً وأهلاً للأداء كامل الأهليَّة ما لم يوجد ما يدل على اختلال عقله أو نقصه[3]

[1] خلاف ،عبد الوهاب :علم أصول الفقه ،(مصر: مكتب الدعوة – شباب الأزهر) ١ / ١٣٨.
[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ٧ / ١٥٤ .
[3] خلاف : علم أصول الفقه ١ /١٣٨ .

المطلب الثاني : مذاهب الفقهاء في اشتراط الأهليَّة في المدعي والمدعى عليه .

اتفق الفقهاء في الجملة على أنَّه يشترط أن يكون كلٌّ من المدَّعي والْمُدَّعى عليه أهلاً لرفع الدَّعوى والجواب عليها؛ وذلك لأنَّ الدَّعوى تصرف شرعي يترتب عليه نتائج وأحكام شرعية [١].

أما من ليس أهلا فيطالب له بحقه ممثله الشرعي من ولي أوصي ولا يشترط حضور الصغار مجلس القضاء عند الدعوى لهم أو عليهم في القول الراجح عند الحنفية.واشترطه بعضهم[٢].

وعند الجمهور غير الحنفية :لا يشترط حضور وليٍّ ولا وصيٍّ ولا الصغار إذا كان مع المدعي بينة[٣].

---

[١] الكاساني،بد ائع الصنائع٥/ ٣٣٢، وابن نجيم: البحر الرائق ٧ /٩١ ، وحيدر علي ،درر الحكام ٤ /١٥٦، وابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣٤١ ، والرملي: محمد بن أبي العباس: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار الكتب العلمية١٤١٤هـ –١٩٩٣م) ٨ /٣٤١ ، والبهوتي ،منصور بن يونس :شرح منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات (بيروت :دار الكتب العلمية ، ط١ ١٤٢٦هـ — ٢٠٠٥م) ٤ /٤٣٩ .

[٢] الاستروشني،محمد بن محمود :أحكام الصغار،تحقيق مصطفى صميدة. (بيروت: دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م)ص٢٨١ وما بعدها ، والطرابلسي ،علاء الدين علي بن خليل: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ،المكتبة الشاملة
١ / ٢٨٨ ،وابن عابدين ، رد المحتار ٧ / ٤٠٤.

[٣] الخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٥ / ٣٩١ .

أمَّا إذا لم يكن مع المدعي بينه فلا تصح الدعوى ابتداءً على الصغار؛ لعدم إمكان تحليفهم، وعدم اعتبار إقرارهم[1]، ولأنَّه لا يتوجه خطاب التكليف للصبي، ولو كان مميزًا لعدم ثبوت أهلية هذا الخطاب لديه؛ ولذا يحكم ببطلان تصرفاته كلِّها، لافرقَ بين النافع والضَّار منها. [2]

وذكرت اتِّفاق الفقهاء في الجملة على اشتراط الأهلية في المدعي والمدعى عليه؛ لأنَّ بعض الفقهاء كالحنفية و المالكية لايشترطون كمال الأهلية في حقِّ المدعي، وإنَّما يكتفون بالأهلية الناقصة . بينما نراهم يشترطون الرشد في حقِّ المدَّعى عليه .

ولأن الشافعية يستثنون من ذلك بعضَ الحالات مثل سماع الدعوى على المحجور عليه فيما يصح به اقراره، فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه[3].

وفيما يأتي بيانُ مذاهبِ الفقهاءِ في اشتراط الأهليَّة في المدَّعي والمدَّعى عليه:

ذهب الحنفية إلى جواز رفع الدعوى من الصبي المميز المأذون له . وكذلك إلى جواز أنْ يكون مدَّعًى عليه[4]؛وذلك لأنَّ الدعوى والجواب عليها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتصح من الصبي الذي أذن له وليه، ولاتصح ممن لم يأذن له .

---

[1] الخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٥ / ٣٩١ .

[2] الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٩٩/١ .

[3] ياسين،محمد نعيم :نظرية الدعوى ص٢٧٤ .

[4] الاستروشني:أحكام الصغار ص٢٩٢ ، وابن عابدين،رد المحتار ٧ /٤٠٤ ، وخسرو ،محمد بن فراموز:درر الحكام شرح غرر الاحكام ،المكتبة الشاملة ٨/ ١٤.

ويبدأ التمييز عند الحنفيه بعد سنِّ السابعة؛ لذا تثبت للصبي فوق السابعة أهلية اداء ناقصة[1].

بينما يخالف الجمهور الحنفية، ويَرَوْنَ أنَّ خطاب التكليف لا يتوجه إلى الصبي المميز مطلقا؛ لعدم ثبوت أهلية هذا الخطاب لديه ؛ لذا يحكمون ببطلان تصرفاته كلِّها، لا فرق بين النافع والضار منها [2].

وذهب المالكية إلى أنَّه لا يشترط في المدعي الرشد، وإنَّما تصح الدعوى من السفيه والصبي، وإن كان محجورًا[3].

بينما نراهم يشترطون الأهلية الكاملة في المدعى عليه، فإن كان عديمَها او ناقِصَها لم تصحَّ الدعوى عليه، فقد جاء في التبصرة لابن فرحون[4]: (لَيْسَ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْمَعَ الدَّعْوَى عَلَى مَنْ لا يَصِحُّ إقْرَارُهُ فَلا تُسْمَعُ عَلَى السَّفِيهِ ، وَلا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَسْأَلَهُ عَنْ شَيْءٍ مِمَّا يدعِي بِهِ عَلَيْهِ ، وَلا يُكَلِّفَهُ

[1] خلاف ، عبد الوهاب : علم أصول الفقه ص١٣٩.

[2] الآمدي ،علي بن محمد: الا حكام في أصول الأحكام ١/١٩٩ .

[3] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣٤٢ والصاوي ، احمد بن محمد: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، المكتبة الشاملة ٩ /٤٦٩ والدسوقي ،محمد بن احمد : حاشية الدسوقي ٧ / ٣٦٤ .

فِي ذَلِكَ إقْرَارًا وَلا إنْكَارًا ، وَذَلِكَ فِي مِثْلِ الدَّعْوَى بالدُّيُونِ وَالْمُعَامَلَاتِ مِنْ الْبَيْعِ وَالِابْتِيَاعِ وَالسَّلَفِ)[1].ثم نقل عن أصبغ أنه قال :

(وَلَكِنْ الَّذِي يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يُوَكِّلَ عَلَيْهِ وَكِيلا مُفَوَّضًا إلَيْهِ جَمِيعَ أُمُورِهِ فَتَكُونُ هَذِهِ الْخُصُومَةُ مِنْ أُمُورِهِ الَّتِي يَنْظُرُ لَهُ فِيهَا وَفِيمَا شَابَهَهَا ؛ لأَنَّ حَقًّا عَلَى الْقُضَاةِ أَنْ لا يُهْمِلُوا الأَيْتَامَ ، وَإِنَّمَا الَّذِي أَكْرَهُ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ عَلَيْهِ وَكِيلا لِهَذِهِ الْخُصُومَةِ ثُمَّ يَعْزِلُهُ عَنْهَا) [2].

وذهب الشافعية إلى اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليه، ولكنهم قالوا:تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به،فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه[3]، ويعتبر الشافعية أن الحربي ليس أهلا للدعوى، ولا لرفعها عليه،بينما نراهم يسمعون الدعوى من الذمي والمعاهد والمستأمن وعليهم[4].

[1] ابن فرحون:تبصرة الحكام ١ / ٣٤١ ،وانظرفي ذلك الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٩ /٤٧١ .

[2] ابن فرحون:تبصرة الحكام ١ / ٣٤٢

[3] الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد : الوسيط في المذهب ، تحقبق :أحمد محمود ابراهيم ومحمد محمد تامر (القاهرة :دار السلام. ١٤١٧هـ)٦/٣٩٦،والأنصاري ،زكريا :أسنى المطالب في شرح روضة الطالب ، تحقيق محمد محمد تامر (بيروت :دار الكتب العلمية ط١ ١٤٢٢هـ -٢٠٠٠م) ٤/٩٧ ،والخطيب الشربيني:مغني المحتاج ٥ /٣٩١.

[4] الخطيب الشربيني:مغني المحتاج ٥ /٣٩١.

وذهب الحنبلية إلى أنه لا تصح دعوى إنكار إلا من جائز التصرف ؛لأن قول غيره غير معتبر، لكن تصح الدعوى على سفيه بما يؤخذ به حال سفهه ، وبعد فك حجره، كطلاق وقذف ونحوه؛ لأن اقراره به معتبر لعدم التهمة، ويحلف اذا أنكر فيما يحلف به الرشيد في مثله[1].

أما إذا كان مع المدعي بينة فقد ذهب الجمهور عامة إلى سماع الدعوى على الصغير والمجنون والميت والغائب إذا كان مع المدعي بينة، بما يدعيه وكانت حاضرة لديه [2]. وعلل ذلك بأنه لو لم تسمع لجعلت الغيبة والاستتار طريقا إلى إسقاط الحقوق التي نصب الحاكم لحفظها .

واذا لم يكن مع المدعي بينة فلا تصح الدعوى على هؤلاء لعدم امكان تحليفهم وعدم اعتبار اقرارهم[3].

أمّا الحنفية فلا تسمع الدعوى والبينة عندهم إلا على خصم حاضر ،إلا إذا التمس المدعي بذلك كتابا حكميا للقضاء به، فيجيبه القاضي إليه فيكتب إلى القاضي للغائب في بلده بما سمعه من الدعوى والشهادة؛ ليقضي عليه

---

[1] البهوتي ،كشاف القناع ٦ /٤١١ ، وشرح منتهى الإرادات ٤ /٤٣٩ .

[2] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٥ /٣٩١ .

[3] المصدر نفسه ٥ /٣٩١ ، و ٦ / ٣٢٦.

واستدلوا بما روي عن سيدنا رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال لعلي ـ رضي الله عنه ـ :(إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي)[1].

ولا يجوز القضاء عندهم على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر وهو الوكيل أو الوصي أو الوارث، أو من كان بينه وبين الغائب اتصال فيما وقع فيه الدعوى [2].

ولعل قياس الصغير والمجنون على الغائب قياس مع الفارق ؛ لأن الصغير والمجنون في الشرع ممثلان بولي أو وصي، ولا ضرورة لسماع الدعوى عليهما .

أما الغائب فقد لا يكون له وكيل ، ولم تقل المذاهب غير الحنفية بنصب وكيل مسخر عنه لترفع الدعوى عليه[3].

---

[1] الترمذي ،محمد بن عيسى :الجامع الصحيح،تحقيق:أحمد شاكر،(بيروت :دار إحياء التراث العربي) ٣ / ٦١٨ حديث رقم ١٣٣١. وقال حديث حسن.

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٣.

[3] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٧٦.

المطلب الثالث: تطبيقات فقهية في الدعوى المتعلقة بناقص الأهلية وفاقدها

أ- دعوى الصغير والمجنون والمعتوه

الصغير والمجنون[1] والمعتوه[2] محجورعليهم أَصْلا سواء أَكَان الصغِير مميزًا أَم غير مميز.

جاء في المادة (١٦١٦) من مجلة الأحكام العدلية (يشترط أَن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ودعوى المجنونِ والصبي غير المميز لَيست بصحِيحة، إلا أَنه يصح أَن يكون وصِياهما ، أَو ولِياهما مدعيين ، أَو مدعى علَيهِما) . وقد حجر على الصغير ؛ لأَنه إذا كان غير مميز فلفقدانه العقْل، وإِذَا كَان مميزًا فلنقصان عقْله؛ إِذْ يوجد احتمال الغرر في تَصرفَاته.

وحجر على المجنون ؛ لأَنه إذا كَان مطبقا فَهو عدِيم العقلِ كَالصغيرِ غير المميز، أَما إذا كان غير مطبق فَهو محجورعليه أَصلا في حالِ جنونه، أَما في حالِ صحوه وإِفَاقَته فَهو غير محجورعليه أَصلا وتَصح تَصرفَاته[3].

ولذَلك إذا كَان هؤلاء مدعِيينِ فَلا يجبر المدعى علَيه علَى إعطاء الجواب عن دعواهم.

---

[1] الجنون: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا، وهو عند أبي يوسف إن كان حاصلا في أكثر السنة فمطبق وما دونها فغير مطبق-التعريفات: الجرجاني: علي بن محمد ص١٠٧.

[2] المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير-التعريفات: الجرجاني: علي بن محمد ص٢٨٢.

[3] حيدر علي: درر الحكام ٥٩٥/٢.

وكذلك لو أَنكر المدعى علَيه الدعوى فَلا يجوز إثباتها ولَو أَقَر المدعى علَيه فَلا يحكم لهما بموجب ذلك الإِقْرار .

كَما أَنه لَيس لأَحد أَن يقيم علَيهِما دعوى بدونِ حضور ولِييهِما ، أَو وصِييهِما ، أَو يقيم شهودا، فلو أَحضر أَحد صبيا للمحكمة وادعى أَن هذَا الصبي قَد رمى حجرا فَكسرَ زجاجه، وطلب تَضمِينَه كذا درهما قيمة الزجاجِ المكسور فَلا تسمع دعواه ، إلا أَنه لولِييهِما ، أَو وصييهِما أَن يَكونَا مدعيينِ أَو مدعى علَيهِما بالنيابة عنهما[1].

ب – حضور الصغار للمحاكمة

ينظر إذا كان المدعى به حقا قَد حصل بمباشرة الصبي، فيلزم حضور الصبي غير البالغِ مع الولي والوصي أَثْنَاء المحاكمة للإِشارة إليه حين الدعوى والشهادة للقولِ أَثنَاء ذلك : إن هذا الصبي أَتلَف المال مثلا،فَإِذا أَثبت المدعي إتلاف الصبي للمال يؤمر الولي أَو الوصي بأَداء ذلك المالِ من مال الصبي،أما بالنسبة للطفل الرضيع فالصحيح أنه لا يجب حضوره للمحاكمة.

وإذا كان المدعى به غير حاصل بمباشرة الصبي كأن كَان حاصلا من مباشرة الولي ، أَو الوصي مثلا ، أَو كان غير حاصل من مباشرة الصبي ، ومن مباشرة الولي ، أَو الوصي معا كأَن يكون

[1] حيدر علي: درر الحكام ٤ / ٤٥ .

حاصلا بمباشرة مورث الصغير فَلا يشتَرط في ذلك حضور الصبي عند المحاكمة ، ويكون الولي ، أَو الوصي خصمًا وَحْدَهُ . [1]

ت– حضور الولي في الدعوى

يشترط حضور الولي أَثناء الدعوى في الخصومات التي ليست من ضمانِ التجارة إذا أقيمت الدعوى على الصبي المأذونِ، فَلو أَقَام أَحد دعوى قَتل علَى الصغير المأذونِ فَلا بد من حضور وليه الآذن أَثناء الدعوى، وإِذا أُثبت القتل في حضور الولي فيلزم الحكم بالدِّيَة .

وإِذا شهد الشهود على أَنهم لم يشاهدوا القتل، وإنما شهدوا على أَنَّ الصبي المأذون قد أَقر بالقتلِ فَلا تقبل شهادتهم.

وتقبل الشهادة على الصبي المأذون، والمعتوه المأذون، بسرقة عشرة دراهم، وإِن كان الآذن غائبا.

ولا تقبل على إقرارهما بالسرقة أَصلا إذا ادعى أَحد على صبي محجور مالا بالإهلاك أَو الغصب،وقال المدعي لي بينة حاضرة [2].

[1] حيدر علي: درر الحكام ٤ / ١٥٧.

[2] حيدر علي: درر الحكام ٢/ ٦٢٠

ث- اشتراط البلوغ في صحة الدعوى

لا يشتَرط في صحة الدعوى أَن يكون المدعي والمدعى عليه بالغينِ، وعليه فدعوى الصبي المميز المأذون بالتّجارة ، أَو المخاصمة صحيحة،[1] فيصح أَن يحضر الصغير المأذون أمام المحكمة بصفة مدع على أحد بحق، كما يصح أَن يكون بصفة مدعى عليه كأن يدعي عليه شخص بحق من ضمان التجارة وأن يقيم علَيه البينة[2].

أما عند المالكية فلاَ يشترط في المدعي الرشد ، وتَصح الدعوى من السفيه والصبي ، ولا يشتَرطون أَن يكون مأذونا له كما هو الحال عند الحنَفية .

ويشتَرطون في المدعى عليه الأهلية الكاملة ، فإِن كان عديمها أَو ناقصها لم تَصح الدعوى عليه [3].

وأما الشّافعية فالأصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعي والمدعى عليهِ، ولكنّهم قالُوا : تسمَع الدعوى على الْمحجور علَيهم فيما يصح إِقرارهم به ، فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه[4].

---

[1] حيدر علي: درر الحكام ٤ / ١٥٧.

[2] المصدر نفسه ٦١٩/٢

[3] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣٤٢

[4] الغزالي: الوسيط في المذهب ٣٩٦/٦، والأنصاري ،زكريا :أسنى المطالب ٩٧/٤،والخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٥ /٣٩١ .

وقال الحنبلية : تَصح الدعوى على السفيه فيما يؤخذ به حال سفهه ، فَتصح عليه دعوى الطلاَقِ والقذف [1].

ولا يشترط الحنفية في هذه الدعوى حضور الولي الآذن.

ويمكن الادعاء على الصغير المأذونِ بشَيء كالبيع والشراء والإجارة فمثلا :

لو ادعى الوصي في غياب الصبي قائلا : إن هذا المال هو مال الصبي فلان الذي هو تَحت وصايتي ، وهو ميراث له عن أَبيه وأَثبت ذلك صح .

كذلك لو ادعى مدع حقا من الصغير في مواجهة الولي أو الوصي ، وأَثبت دعواه كان جائزًا .

ولا يحلف الأَب في مال الصّبي ، وَلا الْوَصِيُّ فِي مَالِ الْيَتِيمِ ، وَلا الْمُتَوَلِّي فِي مَالِ الْوَقْف [2].

ج – توجه اليمين على الصبي الماذون له

ذهب بعض الفقهاء الىِ عدم تَوجه اليمينِ على الصبي المأذون لأنه لا يتَرتب على يمينه حنث وإِنه يجب على من يدعي علَى الصبي المأذون أن يثبت دعواه بالبينَة أَو بالإقرار [3].

---

[1] البهوتي ،كشاف القناع ٦ /٤١١ ، وشرح منتهى الارادات ٤ /٤٣٩ .

[2] حيدر ، علي، درر الحكام ٤ /١٥٧ و ١١ /١٦٧ .

[3] المصدر نفسه ١٦/١١.

والمفتى به عند الحنفية هو أن الصبي المأذون يحلف كالبالغ ويمينه ونكوله عن اليمينِ صحيحان؛ وذلك لأن الصبي العاقل يمتنع عن اليمين الكاذبة منعا لزوالِ ثقة الناسِ منه في أُموره التجارية ، وكذلك إِقراره في أُمور التجارة صحيح .

فلو ادعى أحد على الصبي المأذونِ بشيء من التجارة أَو من تَوابعها أَو أَنكر الصبي، ولم توجد بينة ، يحلف الصبي المذكور على القولِ المفتَى به ويعتَبر نكوله[1].

ح – إقرار الصبي المأذون له

إن إقْرار الصبي المميز المأذون في المواضع التي تَصح فيها مأذونيته صحيح .

فقد جاء في المادة (١٥٧٣) (يشتَرط أَن يكون المقر عاقلا بالغا؛ فلذلك لا يصح إقرار الصغير والصغيرة،والمجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة ، ولا يصح على هؤلاء إقرار أَوليائهم وأوصيائهم ، ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصومات التي تَصح مأذونيته فيها)، سواء أَصدق الولي هذا الإقرار أم كذبه، وسواء أكان الصغير حين إقراره مدينا أم غير مدين ؛ إذ لو لم يجز الإِقرار لم يعامله أحد فيكون من لوازم المعاملة .أما لو أقر الأب أو الوصي الذي يعطي الإِذن للصبي عليه بدين ، أو ببيع ، أو شراء ، أو اجازة ، أو وديعة في يده ، أو مضاربه، أو

---

[1] حيدر علي: درر الحكام ٢/٦٢٠ .

رهن أو ما يماثل هذه الأشياء فإقراره باطل ؛ لأن إقرار الولي على الصبي والمعتوه شهادة ؛ لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ما لم يصدقه الصبي المأذون،وعليه فإقرار الصغير الذي يقع بدون إضافة إلى حال الحجر صحيح؛ لذا لو أقر المأذون بغصب، أو وديعة جحدها أو مضاربة، أو بضاعة أو عارية جحدها، أو دابة عقرها، أو ثوب أحرقه ،أو أجر أجير، فذلك كله دين يؤاخذ به للحال؛ لأن هذا الإقرار من توابع التجارة؛ لأنه لما كان إشهاد الشهود على كل معاملة متعذرا فإذا لم يعتبر إقراره يمتنع الناس بذلك عن معاملة هؤلاء فلا يلتئم أمر التجارة، ولا ينتظم الإقرار[1].

ووافق الحنبلية الحنفية في إقرار الصبي المأذون له فقد جاء في كشاف القناع ما نصه:(ويصح إقرار الصبي) المأذون له (و) إقرار العبد المأذون له في البيع والشراء في قدر ما أذن له فيه (كالحر البالغ؛ لأنه لا حجر عليه فيما أذن له فيه)[2].

أما المالكية والشافعية فلا يصح عندهم إقرار الصبي المأذون له .

فقد جاء في كتاب التبصرة ما نصه :

---

[1] حيدر علي: درر الحكام ٢/ ٦١٨

[2] البهوتي ،كشاف القناع ٦ /٥٧٤

وليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره، فلا تسمع على السفيه ، ولا ينبغي للقاضي أن يسأله عن شيء مما يدعى به عليه ، ولا يكلفه في ذلك إقرارا ولا إنكارا ، وذلك في مثلِ الدعوى بالديون والمعاملات من البيع والابتياع والسلف والإباحة [1].

وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه: الصبي ، والمجنون ، والسفيه ، والمكره لا يلزمهم إقرار[2].

وفي مغني المحتاج ما نصه:

(إقرار الصبي والمجنون) والمغمى عليه ، ومن زال عقله بعذر كشرب دواء وإِكراه على شرب خمر (لاغ) لامتناع تَصرفهم[3].

---

[1] ابن فرحون: تبصرة الحكام ٣٤١/١

[2] الدسوقي : حاشية الدسوقي، ٨٥/٥

[3] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣ /٢٣٣

المبحث الثاني : اشتراط الصفة في المدعي والمدعى عليه

المطلب الأول : تعريف الصفة

المطلب الثاني : شرط الصفة في المدعي

المطلب الثالث : شرط الصفة في المدعى عليه

المطلب الأول : تعريف الصفة

الصفة - في اللغة - :

هي الاسم الدال على بعض أحوال الذات ، وذلك نحو طويل وقصير وعاقل وأحمق وغيرها ، وهي الأمارة اللازمة بذات الموصوف الذي يعرف بها،والصفة المشبهة ما اشتق من فعل لازم لمن قام به الفعل على معنى الثبوت نحو كريم وحسن [1].

وهي عند الاصوليين:

ما أشعر بمعنى يختص به بعض أفراد العام من نعت أو بدل أو حال[2].

وشرط الصفة لأطراف الدعوى في الاصطلاح القضائي أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى يعترف به المشرع، ويراه كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة[3].

وبعبارة أخرى هو أن ترفع الدعوى ممن له شأن على خصم له شأن في الخصومة والحق المتنازع عليه.

إن علماء المرافعات يتفقون على اشتراط الصفة، وإن كان بعضهم يرى أن هذا الشرط ليس إلا تكرارا لشرط المصلحة الشخصية، وهو أن يكون للمدعي مصلحة شخصية ومباشرة في دعواه ، غير أن كثيرا منهم يرى تميز الشرطين عن بعضهما لسببين :

---

[1] الجرجاني،علي بن محمد:التعريفات ص١٤٨ .

[2] العثيمين، محمد بن صالح بن محمد : الأصول من علم الأصول،(دار ابن الجوزي ط ١٤٢٦هـ)١/ ٤٠.

[3] ياسين،محمد نعيم :نظرية الدعوى ص٢٧٨.

الأول :

أن هنالك من أجاز الشرع دعاويهم من غير أن يكون لأي منهم أي مصلحة شخصية فيما يدعيه وذلك كما في دعاوى الحسبة [1]،والنيابة العمومية ،والدعاوى النقابية.

الثاني:

أن الصفة في المدعى عليه لا تعني أبدا مصلحته الشخصية في الدعوى ،ولو قصرت الصفة على ذلك لم يكن لأحد اشتراطها في المدعى عليه .

والواقع أن كل من له مصلحة في الدعوى اعترف له القانون بتحقق هذا الشرط فيه،والعكس غير صحيح.

ومن جهة أخرى فإن حدود المصلحة الشخصية مبهمة ، مما يجعل الاعتماد عليها في معرفة تحقق شرط الصفة صعبا ، وغير دقيق ولا موفق [2].

المطلب الثاني : شرط الصفة في المدعي

الصفة هي ولايةُ مباشَرةِ الدعوى ، التي يتحلى بها صاحب الحق في إجراءات الخصومة،يستمدها المدعي من كونه صاحب الحق أو خلفا له أو نائبه القانوني . فشرط الصفة

---

[1] دعوى الحسبة : تلك الدعوى التي يتقدم بها الشخص إلى القاضي دون أن يطالب بها حقا خاصا لنفسه ، وإنما يطلب بها حق الله تعالى ويكون هو مدعيا وشاهدا في آن واحد في هذه الدعوى كما لو ادعى شخص بأن فلانا طلق زوجته ثلاثا، وهو لا يزال يعاشرها معاشرة الأزواج ويطلب التفريق بينهما .والحسبة أمر بمعروف أو نهي عن منكر وهي من فروض الكفاية ، وقد تتعين على الشخص المعين إذا لم يوجد غيره يستطيع القيام بها .

[2] ياسين،محمد نعيم :نظرية الدعوى ص٢٧٩

يعتبر ضروريا، ولازما لإقامة الدعوى . فإذا توفر في المدعي كانت دعواه مقبولة شكلا ، أما إذا انعدم ، فترد دعواه موضوعا لا شكلا .

فعلى سبيل المثال في مجال الأحوال الشخصية:

الزوجة التي تقاضى زوجها للحصول على نفقتها يجب أن تبين صفتها كزوجة ، وذلك بإدلائها بعقد زواج صحيح ، فإذا لم تتوفر عليه ، فعليها إثبات حالة الاستثناء التي منعتها من توثيق عقد الزواج.

وحيث يعتبر شرط الصفة من أهم شروط رفع الدعوى ، إذ يمكن إثارته من قبل المتقاضيين في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، كما يمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها ، ويمكن أن تقضي بناء عليه برد الدعوى المعروضة عليها إذا تحقق لديها أن المدعي لا صفة له في ادعائه[1].

لذلك لا ترفع الدعوى إلا من قبل مَنْ له شأنٌ فيها ،وذلك في الحالات الآتية :

١- إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه ، أي أن يكون أصيلا في الدعوى وهو الأصل في الادعاء إذ لا يقبل من الانسان تدخله فيما لايعنيه [2].

---

[1] ندوة القضاء الشرعي في العصر الحاضر الواقع والمؤمول الفترة الواقعة بين ١٢-١٣-١٤ ربيع الأول ١٤٢٧هـ. الموافق ١١-١٢-١٣/٤/٢٠٠٦هـ.عدد من العلماء والباحثين.قام بجمعها وتنسيقها: أبو إبراهيم الذهبي. ٣/٢

[2] ابن فرحون: تبصرة الحكام٣٤٨/١

٢- أن يدعي الحق لغيره إذا كان نائبا عنه ، بأن كان وليه أو وصيه ،أو وكيله وتعود جميع آثارها إلى الاصيل، وفي عصرنا وُجد أشخاص اعتباريون كثر، فيلحق بالمذكورين الممثل الشرعي لهذه الاشخاص [١].

٣- أن يكون دائنا لصاحب الحق فيرفع الدعوى على مدين مدينه حتى ينال ثمار دعوته مما يحصله من دين مدينه، وخاصة إذا حجر على المدين أو أعلن افلاسه[٢].

وإنما جعل له ذلك؛ لأن أموال المدين تعتبر ضامنة لحق الدائن إذا أحاط الدين بها وأشهر إفلاس صاحبها.

والقاعدة عند الشافعية أن من يدعي حقا لغيره ، فإن كان هذا الحق منتقلا إليه صحت دعواه وإلا فلا[٣].

ولما كان حق الدائنين بعد الحجر على المدين متعلقا بأموال المدين فإن للدائنين الحق في رفع الدعوى عن غريمهم.

ومنها ـ أيضا ـ ما كان له ديون على غيره فيجوز طلبها من قبل الدائنين؛ لأنه لو حكم بها لآلت إليهم فيكون طالبا لحق غيره المنتقل اليه [٤].

٤- لو أن رجلا أحدث ضررا بالطريق العام، فكل واحد من الناس خصم له، وله صفة الادعاء عليه .

---

[١] ياسين،محمد نعيم :نظرية الدعوى ص٢٨٠

[٢] حواشي الشرواني والعبادي ١٠ /١٧٣

[٣] الجمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب ٢٣/ ٤٥٤

[٤] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٣ /٨٣

٥--يجوز لأهل القرية أن يرفعوا الدعوى عن جميع سكان القرية لمن أراد أن يضر بمصالحهم إذا كانوا غير محصورين، وحد عدم الحصر عند الفقهاء ما يزيد عن المائة فان كانوا أقل من ذلك لم يكن لبعضهم الا اقامة الدعوى عن نفسه[1].

٦- يجوز لأي فرد مسلم في الدولة الإسلامية أن يرفع دعوى يطالب فيها بحق من حقوق الله، وتسمى هذه الدعاوى في الفقه الإسلامي بدعاوى الحسبة[2]، وكل فرد في دولة الإسلام يعتبر ذا صفة فيها ؛وذلك لأن رفعها من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر،وهذا من فروض الكفاية على المسلمين، لقوله تعالى:﴿ كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ۗ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ ٱلْكِتَٰبِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ۚ مِّنْهُمُ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿١١٠﴾ ﴾ [3]،ولقول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ:(مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ وَذَلِكَ أَضْعَفُ الإِيمَانِ)[4].

وعلى معنى الحسبة حمل قول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ:(أَلاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِى يَأْتِى بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا)[5].

---

[1] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٨٢

[3] آل عمران١١٠

[4] رواه مسلم في صحيحه برقم٤٩

[5] رواه مسلم برقم ١٧١٩

ومدعي الحسبة يكون قائما بالخصومة من جهة وجوب ذلك عليه ، وشاهد من جهة التحمل، ولكن غلب عليه اطلاق شاهد الحسبة دون مدعي الحسبة، فهو في الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين، فلا تناقض لاختلاف الجهة [1].

واختلف الفقهاء في الأشياء التي تقبل فيها الحسبة ، ومدار خلافهم في أن الغالب حق الله أم حق العبد.

فكل حق رجح فيه حق الله على حق العبد يكون فيها المدعي مدعيا وشاهدا في آن واحد ولا تناقض في هذا؛ لاختلاف الجهة كما ذكر سالفا، أما إذا رجح حق العبد فيشترط عندئذ تقديم الدعوى من صاحب الحق.

ومن المسائل التي تقبل فيها الدعوى حسبة:

جميع الحدود عدا القذف والسرقة لغلبة حق العبد فيها، وهذا رأي الحنفية فيما يغلب فيه حق الله على حق العبد، ورأي المالكية فيما هو حق لله خالصا كالصلاة والصيام والزكاة والحج. ورأي القاضي حسين من الشافعية.

---

[1] (٣) ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٨٣

أما جمهور الشافعية فلا يقبلون الدعوى في حقوق الله إلا عند الحاجة، وذلك كما لو شهد اثنان أن فلانا أخو فلانة ، فلا تسمع دعوى الحسبة حتى يقول المدعي أنه يريد نكاحها ؛ لأن الاعتداء على حق الله فيها لا يتحقق الا بتحقق هذه الحاجة.

أما القاضي حسين فتسمع عنده من غير تقييد ذلك بالحاجة، ويتفق الشافعية مع جمهور الفقهاء أن الشهادة تقبل حسبة [1].

أما الحنبلية فقد صرحوا بعدم جواز الدعوى في حق الله ، ولكنهم أجازوا سماع البينة فقالوا: (وَلا تَصِحُّ دَعْوَى) فِي حَقِّ اللَّهِ (وَلا تُسْمَعُ) دَعْوَى فِي حَقِّ اللَّهِ (وَلا يُسْتَحْلَفُ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى كَعِبَادَةٍ) مِنْ صَلاةٍ وَغَيْرِهَا (وَحَدٍّ) كَزِنًا وَسَرِقَةٍ (وَنَذْرٍ وَكَفَّارَةٍ وَنَحْوِهِ)[2].

والواقع أن خلاف الفقهاء حول هذه المسألة لا يكاد يكون له أثر في التطبيق العملي؛ وذلك لأنهم متفقون على سماع شهادة الحسبة في حق الله، فمن أجاز بعد ذلك رفع الدعوى بحق الله لم

---

[1] أدب القضاء :ابن أبي الدم ص٣١٩.

[2] البهوتي ،كشاف القناع ٦ /٤١٩

يضف شيئا جديدا؛ لأن فائدة الدعوى طلب إحلاف المدعى عليه إن أنكر، وحقوق الله لا يمين فيها باتفاق الفقهاء.

فتكون النتيجة أن دعوى الحسبة كشهادة الحسبة، ولم يبق بينهما فرق إلا بالتسمية وقد تقدم أن مدعى الحسبة هو في حقيقة الأمر مدع من جهة، وشاهد من جهة أخرى ، وأنه لا حرج في التسميتين[1].

المطلب الثالث: شرط الصفة في المدعى عليه

يجب على المدعى عليه أن يكون ذا صفة في الدعوى، إذ لاتصح الدعوى إلا إذا رفعت في وجه من يعتبره المشرع خصما، ويجبره على الدخول في القضية الموجهة إليه ليجيب بالاعتراف أو الانكار .

والقاعدة في ذلك أن من ادعى على إنسان شيئا فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح اُقراره ويترتب عليه حكم، فانه يكون بإِنْكَاره خصما في الدعوى، وتصح بتوجيهها إليه، أما إذا كان لا يترتب على إقراره حكم لم يكن خصما بإنكاره[2].

---

[1] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٨٤

[2] حيدر علي: درر الحكام ١١ /٣١٤

فلو قال شخص لآخر : إنَّ رسولك فلانا أخذ مني كذا؛ لأجلك فأعطني ثمنه كان المرسِل (بكسر السين) خصمًا للطالب إذا أنكر؛ لأنه يكون مجبرا على دفع ثمن المبيع لو أقر بشراء رسوله. إذ حقوق العقد تتعلق بالمرسِل (بكسر السين)، لا بالمرسَل.

والنائب الشرعي أو الاتفاقي يقوم مقام الأصيل في رفع الدعوى أي من ينوب عن الخصم،كالوكيل والولي والوصي والقيم أو الكفيل.[١]

ا- الخصم في دعاوى العين

الخصم في دعاوى العين هو من كانت هذه العين في يده، وهذا مقتضى القاعدة العامة التي تقدم ذكرها؛ وذلك لأن أي شخص ليست العين المدعاة في يده ِ ليس له أن يقر بها، وَالْحَائِزُ لَهَا هُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَنْ يَقْرَ بَهَا ،فهو إذا الخصم في دعواها.

وإذا أقر بها للمدعي لم يكن إقراره ملزما لمن يحوز تلك العين المدعاة ،والحائز لها هو الذي يملك أن يقر بها فهو إذا الخصم في دعواها[٢].

واليد التي يكون صاحبها خصما في الدعوى هي التي تدل على الملك الظاهر ،فإن لم تكن كذلك بأن كانت يدا طارئة كيد ،مستأجر ،أو مستعير، أو مرتهن ،لم يصح توجيه الدعوى الى

---

[١] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٨٧

[٢] السرخسي، المبسوط (١٨ /٤٥)

صاحبها منفردا،ولكن يطلب من الحائز العرضي الحضور الى مجلس القضاء ليؤمر بتسليم الشيء عند اثبات الدعوى.

وإذا وجهها المدعي ،كان لهذا الحائز العرضي أن يدفع الدعوى بأن يده ليست يد ملك،وإنما هي يد عارضة ، بشرط أن يبرهن على دفعه ، وعندئذ ترد دعوى المدعي .ويطلب منه رفعها في مواجهة المالك.

هذا فيما يتعلق بدعاوى الملك المطلق عن السبب، أما إذا ادعى المدعي أن فلانا غصب منه ماله ، لم يكن للمدعى عليه دفع هذه الدعوى بحجة أن العين المدعاة ليست في يده ؛ لأن الأصل في دعوى الفعل أنها يصح توجيهها ضد الفاعل[١].

ويتفرع على ما تقدم ما يأتي[٢] :

١ – إذا باع رجل ملك غيره ، وسلمه بدون إذنه ، كان الخصم هو المشتري ، ولكن محل ذلك إذا طلب المدعي استرداد العين ، أما إذا أراد التضمين سمعت الدعوى على البائع الغاصب وإن كانت العين في يد غيره ؛ لأنها تكون دعوى فعل عندئذ .

٢ – إذا توفي شخص عن تركة فيها أعيان وله ورثة ، وأراد شخص الادعاء بعين من أعيانها كان الخصم له هو الوارث الذي في يده تلك العين ، ولا تسمع الدعوى بها على غيره من الورثة .

---

[١] ابن عابدين، حاشية رد المحتار ٧ / ٤٩٨

[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ /٢٩٥

٣ – إذا بيع عقار ، فطلب الشفيع أخذه بالشفعة ، فإن تسلمه المشتري كان هو الخصم للشفيع ، وإن لم يتسلمه كان الخصم له كلا من البائع والمشتري ؛ لأن الأول واضع اليد ، فيحضر من أجل التسليم، والآخر مالك ، فلا تسمع الدعوى إلا بحضورهما جميعا .

٤ – إذا باع شخص لغيره عينا ، ولم يسلمها إليه ، فأراد آخر ادعاء ملكيتها ، كان الخصم له كلا من البائع والمشتري ؛ لأن الأول واضع اليد ، فلا بد من حضوره ليؤمر بالتسليم عند ثبوت الدعوى،وأما إذا سلمها البائع للمشتري كان الخصم هو المشتري . ففي جميع الحالات التي تكون فيها العين المدعاة في يد غيرالمالك يشترط في صحة الدعوى بالملك حضور الاثنين .

وفي الحقيقة أن المدعى عليه هو المالك للعين ، وإن لم تكن يده على المدعى به فعلا ،ولكنها عليه حكما، والآخر حيازته لها عرضية ومؤقتة ، ولأنه هو الذي يترتب على إقراره .

ب – الخصم في الدعاوى الاخرى

١ – دعاوى الدين

لما كان الدين وصفا في الذمة، فانه لايتصور فيه اليد والحيازة ، ولذلك فإن الخصم هو من كان الدين في ذمته أو نائبه ،وهذا ينسجم مع القاعدة العامة التي ذكرت في مطلع هذا البحث،وهي أن من ادعى على إنسان شيئا فإن كان المدعى عليه لو أقر يصح إقراره ، ويترتب عليه حكم،فإنه يكون بإِنْكَاره خصما في الدعوى، وهكذا المدين إذا أقر بالدين حمل نتيجة إقراره وألزم به .

وبناء على ذلك، لا توجه الدعوى ضد حائز العين التي يتملكها المدين ، كالمستأجر منه ،ولا الغاصب منه ، ولا المستعير منه [1].

٢ – دعوى الفعل كالغصب وغيره: الخصم هو الفاعل ، أي الذي يدعى عليه أنه قام بالفعل وهو الغاصب .

أما إذا كان الفاعل مكرها من قبل آمر مجبر عندها تقام الدعوى على الآمر.

ودعوى الاتلاف والضرر الذي يحدثه الحيوان ترفع على صاحبه ، ولا يشترط في دعوى الفعل رفعها على على من في يده الشيء الذي تعلق به الفعل ، وإنما يصح توجيهها اليه ، كما يصح أن توجه ضد الفاعل[2].

٣ – دعوى القول ، الخصم هو القائل ، أي الذي يدعى عليه أنه قال القول ، فدعوى الطلاق تقيمها الزوجة على زوجها ، وكذلك دعوى القذف أو الشتم [3].

٤ – دعوى العقد ، الخصم هو المباشر له ، أو من قام مقامه ، كالوكيل ، أو الوارث ، أو الوصي [4].

---

[1] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٩٥

[2] ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ٧ / ٢٠٠

[3] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٩٧

[4] الكاساني: بدائع الصنائع ٥٤٢٠

٥ – دعوى الحق ، كحق الحضانة والرضاع ، الخصم هو كل شخص له شأن في الدعوى ، وهو الذي ينازع المدعي في ذلك الحق ، ويمنعه من التمتع به بتسليم العين للمدعي عند ثبوت الدعوى[١] .

[١] ياسين ،محمد نعيم : نظرية الدعوى ص٢٩٨

الفصل الثاني : الاتجاهات الفقهية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه

تمهيد: أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: أصحاب الاتجاه اللغوي في تمييز المدعي من المدعى عليه، وهم معظم فقهاء الحنبلية وبعض فقهاءالحنفية.

المطلب الأول: مذهب الحنفية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثاني: مذهب الحنبلية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

المبحث الثاني: أصحاب الاتجاه المعتمد على الأصل والظاهر في تمييز المدعي من المدعى عليه، وهم المالكية و الشافعية.

المطلب الأول: مذهب المالكية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثاني: مذهب الشافعية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

تمهيد:

إن معرفة المدعي من المدعى عليه من أهم مسائل الدعوى ،بل عمدة القضاء في الإسلام،اذ أن علم القضاء يدورعلى معرفتهما.

وليس من السهل على القاضي معرفة المدعي من المدعى عليه ،فليست العبرة بمن يرفع الدعوى ، أومن يطالب خصمه بحق ، فهذا قد يتوفر في كلا الطرفين ،فالعبرة للمعاني ، لا للألفاظ والمباني[1].

وبما أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (البينة على المدَّعِي واليمين على المدعى عليه)[2]،لزم من ذلك على القاضي أن يميِّز بين المدَّعِي والمدّعَى عليه ؛ وذلك لأن الشارع جعل لكل منهما أحكاما خاصة به ، ينبني على صحة تطبيقها قيام العدل بتمامه.وذلك أن الشارع جعل عبء اثبات الدعوى بالبينة على المدعي ، وعبء دفعها باليمين على المدعى عليه إن لم يثبتها المدعي بالبينة . والعبء الأول اثقل من الثاني ، فلو اخطأ القاضي في هذا لحدث الظلم والحيف والجور المُحرّم .

وإن الاعتماد على الظاهر – أقصد في رفع الدعوى من المدعي ظاهرا– في كل قضية ،من دواعي التنكب عن مواطن الدقة في الاحكام ، ومن ثم الظلم الذي أبطله الشارع، وهدد أهله بشر

---

[1] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق :مكتبة دار البيان، ١٤١٤هـ — ١٩٩٤م ، ط٢) ص ٦٤٨

[2] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ١٧٠٦٥ ، وهو في البخاري بلفظ آخر برقم (٢٥١٤)

عقاب ؛ لأن الإنسان قد يكون مدعيا صورة، ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه ،–أي مدعى عليه – كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة.

وقد ذكر عن شريح القاضي أنه قال :(وليت القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليّ فيه ، فأول ما ارتفع إلي خصمان أشكل عليّ من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه) [1].

وقال سعيد بن المسيب: (من عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما)[2].

وقال ابن فرحون :(علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه؛ لأنه أصل مشكل، ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما، وإنما اختلففوا في تعريف كل منهما فحسب)[3].

ولذلك فإن مسألة التمييز بين المدعي والمدعى عليه ليست بالمسالة السهلة الميسورة ،كما يظن كثير من الناس ،فقد يقرر المدعي دعواه بصفته مدعِيًا فيها، ثم بعد الرد عليها من قِبَل المدعى عليه، قد ينقلب المدعي إلى مدعى عليه، والمدعى عليه إلى مدع، ويكون المدعى عليه الأول قد دفع[4] دعوى المدعي، فإن دَفْعهُ هنا يعتبر دعوى يكون فيها الدافع مدعياً ،وهذا يتكرر في الدعوى من بدايتها حتى صدور الحكم فيها، فإذا لم يحسن القاضي التمييز بين المدعي والمدعى عليه منذ بداية الدعوى ،فإن السير فيها يكون مختلاً؛ لأن القاضي قد يطلب إثبات الدعوى من غير المدعي، وقد

---

[1] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣١٨

[2] ابن جزي : القوانين الفقهية ص ٣٢٠

[3] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣١٥

[4] الدفع: هو الإتيان بدعوى من قِبل المدعى عليه لدفع دعوى المدعي

يوجه اليمين الشرعية إلى غير صاحبها ،وتنقلب الأمور كلها في الدعوى، ومن ثم يصدر الحكم ظالما مجحفا.

فمتى تعين المدعي كلف بالإثبات ، ولزمه الدليل ، ويلتزم المدعى عليه بالصمت ويكتفى منه بالإنكار مبدئيا ويفترض فيه البراءة الأصلية .

وإنما جعلت البينة على المدعي؛ لأن جانبه ضعيف ، إذ هو يريد تغيير الحال المستقر بما يزعمه ، وفي هذا يقول ابن رشد[1] : " فالمعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه ، هو أن له سببا يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه ، وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه ، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم إن كانت الدعوى فيما في ذمته .

والمعنى الذي وجب من أجله على المدعي إقامة البينة على دعواه هو تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه [2].

ويشهد لصحة ذلك قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم [3].

---

[1] هو محمد بن أحمد بن رشد، أبو الوليد: قاضي الجماعة بقرطبة(٤٥٠ - ٥٢٠ هـ = ١٠٥٨ - ١١٢٦ م). من أعيان المالكية. وهو جد ابن رشد الفيلسوف (محمد بن أحمد). له تآليف، منها " المقدمات الممهدات - ط " في الاحكام الشرعية، و " البيان والتحصيل - خ " (*) فقه، و " مختصر شرح معاني الآثار للطحاوي - خ " و " الفتاوي - خ " و " اختصار المبسوطة " و " المسائل - خ " مجموعة من فتاويه، في معهد المخطوطات. مولده ووفاته بقرطبة . انظر : الأعلام للزركلي ٥ / ٣١٧

[2] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٧

[3] رواه البخاري برقم ٤٥٥٢

وهنالك عدة امور تذكر في أهمية التمييز بين المدعي من المدعى عليه،منها معرفة من يكلف عبء الإثبات، أي الحجة القوية وهي البينة ، ومن يكتفى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين؛ تطبيقا لحديث النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[1] .

ومنها من يسمح له بترك الدعوى إذا شاء أو لا ، وبعبارة الفقهاء : من إذا ترك تُرك ومن إذا ترك لا يُترك؛ وذلك لأن المدعى عليه يلزم باستمرار الدعوى بخلاف المدعي ، فانه يستطيع أن يترك الدعوى متى شاء،ومنها كون أحكام غياب المدعي تختلف عن أحكام غياب المدعى عليه،[2] وغيرها من الأمور الأخرى.

ولهذا نجد الفقهاء من مختلف المذاهب قد بذلوا جهدا من أجل وضع الضوابط التي يستعين بها الحاكم على التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

وهذه الضوابط هي إما خاصة بالطرفين،وإما خصائص لهما، وكلها تصلح علامات يستعين بها القاضي من أجل تمييز المدعي من المدعى عليه ، ولا مانع أبدا من الاعتماد على جميع ما ذكر من الخصائص لكلا الطرفين في الدعوى .

---

[1] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ١٧٠٦٥ ، وهو في البخاري بلفظ آخر برقم (٢٥١٤)

[2] المواد من ٥٠ — ٥٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعي

غير أن هذا لايمنع من ترجيح بعض المعايير على غيرها لشمولها أو لأية ميزة أخرى فيها [1]، وهذا ما سأبحثه في هذا الفصل ـ إن شاء الله ـ .

[1] انظر : ياسين :نظرية الدعوى ص١٧٧

المبحث الأول: أصحاب الاتجاه اللغوي في تمييز المدعي من المدعى عليه وهم معظم فقهاءالحنبلية وبعض فقهاءالحنفية.

المطلب الأول: مذهب الحنفية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثاني: مذهب الحنبلية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

المطلب الأول: مذهب الحنفية في تمييز المدعي من المدعى عليه

ذهب معظم فقهاء الحنفية [1]وبعض فقهاء المذاهب الأخرى [2] إلى تعريف المدعي بأنَّه مَنْ إِذَا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه مَنْ إذا تركها يجبر عليها .

وهذا المعيار مأخوذ من طبيعة الدعوى ، فهي تصرف إرادي صادر من طرف المدعي ،وأما جوابها فهو أثر من ذلك التصرف واجب على المدعى عليه[3].

---

[1] السرخسي: المبسوط ١٧ / ٥٦ ، والكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٦ ، وابن نجيم: البحر الرائق ١٩ / ٢٣٠ ، وابن عابدين: رد المحتار ٧ /٤٠١ .

[2] قال المازري من المالكية: المدعي من إذا سكت تُرِك ، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته . انظر :ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ / ٣١٧ .

وقال الماوردي من الشافعية : فأما المدعي فهو الطالب من غيره شيئا في يده ، أو في ذمته . وأما المدعى عليه فهو المطلوب منه شيء في يده ، أو في ذمته .

وفرق ما بين الطالب والمطلوب منه ، أنَّ الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك . انظر : الماوردي ، أبو الحسن ،علي بن حبيب : الحاوى الكبير في فقه الإمام الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وهو شرح مختصر المزني،(بيروت :دار الفكر) ١٧ /٥٩٣ ،والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٦ / ٤٢٠ .

وقال البهوتي من الحنبلية: والمدعي: من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك، والمدعى عليه: المطالَب – بفتح اللاَّم– أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت عن الجواب، لم يترك بل يقال : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك .انظر : البهوتي ، كشاف القناع ٦ /٤٨٨ .

وقال الشوكاني: قال في الفتح والمشهور فيه تعريفان، الأوَّل: أن المدعي من تخالف دعواه الظاهر، والمدعى عليه: بخلافه. و الثاني : من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى إذا سكت . والأول أشهر والثاني أسلم. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد :نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار (إدارة الطباعة المنيرية) ٩ / ١٦٣.

[3] ياسين،محمد نعيم :نظرية الدعوى ص ١٧٧ .

وقالوا : إنه عام لا يخرج عنه شيء من الفرعيات[1].

فالمدعي هو الذي يطلب الحق من غيره ،سواء أكان عينا أم دينا ،وسواء أطلبه ابتداء برفع الدعوى أم انتهاء بالدفع، فحق الطلب له ،ويكون باختياره وحريته ، وهو منشئ الخصومة،ولايمكن لإنسان أن يجبره على طلب حقه من آخر ؛ لاحتمال أنه استوفاه منه أو أبرأه،أو أجله، أو أخذه منه بالمقاصة ،فإذا ترك الخصومة ابتداء أو لم يطلب حقه انتهاء فلا يجبر على ذلك ويترك وشأنه .

أما المدعى عليه فإنَّه يجبر على الخصومة ؛ ليؤدي حق صاحبه إذا ثبت عليه، ولأن الشبهة قامت حول براءة ذمته ،وأن التهمة اثيرت حول العين التي في يده ،فلا يستطيع أن يترك الخصومة باختياره،ويجبر عليها ؛ لأنه أصبح خصما في النزاع بغير إرادته للدفاع عن نفسه ، أو لأداء الحق إلى صاحبه [2].

وقيل: المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات، فلا يصير خصما بالتكلم في النفي . فإن الخارج لو قال لذي اليد : هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي، والمدعى

[1] الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٣ / ١٠٤ .

[2] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الاسلامية ص ٦٥٠

عليه من يشمل كلامه على النفي فيكتفى به منه ، فإن ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج إليه[1].

وقيل :المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر.

فالشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره[2].

وقال بعضهم :

المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه[3].

وقال محمد بن الحسن[4]: ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعيا،وقالوا :

---

[1] الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٣ / ١٠٤

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٦

[3] الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٣٣٦

[4] هومحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ، من موالي بني شيبان، أبو عبد الله(١٣١ - ١٨٩ هـ = ٧٤٨ - ٨٠٤ م): إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة.أصله من قرية حرستة، في غوطة دمشق، وولد بواسط.ونشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة وغلب عليه مذهبه وعرف به وانتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقة ثم عزله.ولما خرج الرشيد إلى خراسان صحبه، فمات في الري. قال الشافعي: (لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد بن الحسن، لقلت، لفصاحته). ونعته الخطيب البغدادي بإمام أهل الرأي،له كتب كثيرة في الفقه والاصول، منها (المبسوط – خ) في فروع الفقه، و (الزيادات – خ و (الجامع الكبير – ط)و (الجامع الصغير – ط) و (الآثار – ط) و (السير – ط) و (الموطأ – ط) و (الأمالي – ط) جزء منه، و (المخارج في الحيل – ط) فقه، و (الأصل – ط) الأول منه، و (الحجة على أهل المدينة – ط) الأول منه، ولمحمد زاهد الكوثري (بلوغ الأماني)في سيرته. انظر الأعلام للزركلي ٦ / ٨٠.

هذا صحيح، غير أن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه، وحدة ذكاء، إذ العبرة للمعنى دون الصورة[1].

وقيل: المدعي من لا يستحق إلاَّ بحجة كالخارج ،والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد [2].

وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[3].

المطلب الثاني: مذهب الحنبلية في في تمييز المدعي من المدعى عليه:

ذهب كثير من الحنبلية إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها في اللغة، وكأنهم يقولون :المدعي هو فاعل الدعوى، والمدعى عليه هو من توجهت ضده الدعوى ولذلك قالوا: المدعي هو من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته.

المدعى عليه: هو من يضاف إليه استحقاق شيء عليه[4].

---

[1] الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٦

[2] الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٣ / ١٠٤ . وابن عابدين : رد المحتار ٧ / ٤٠١

[3] المصدر السابق. نلاحظ أن هذا القول يوافق راي المالكية والشافعية.

[4] ابن قدامة : المغني ١٢ / ١٦٣

وقالوا: المدعي من يطالب غيره بحق من عين، أو دين، يذكر استحقاقه عليه ، والمدعى عليه المطالَب – بفتح اللاَّم– أي : من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه [1].

ونظروا إلى المقصود من الدعوى ، وهو تحصيل شيء من يد المدعى عليه، أو إثبات حق في ذمته ، والمطالبة بهذا الحق .

فقالوا: المدعي: من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره ، أو إثبات حق في ذمته. والمدعى عليه :من ينكر ذلك[2].

وقالوا: المدعي هو الطالب ،والمنكر هو المطلوب[3].

ونلاحظ ـ أيضا ـ أن الحنبلية قد جمعوا بين فكرتين، أو تعريفين هما: المطالبة مع حريةالترك[4]،فقالوا: المدعي هو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ،وإذا سكت عن الطلب ترك.

والمدعى عليه: هو المطالَبُ – بفتح اللاَّم –أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت عن الجواب لم يترك ،بل يقال : إن أجبت، وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك [5].

---

[1] البهوتي :شرح منتهى الارادات ٤ / ٤٣٨

[2] ابن قدامة

: المغني ١٢ / ١٦٣

[3] المرداوي: الإنصاف ١١ /٢٧٦.

[4] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٦٥٢

[5] البهوتي:كشاف القناع ٦ / ٤٨٨

فالمدعي مَنْ يتصف بكونه طالبًا، وكونِه لا يجبر على الخصومة، ويجب توفر الصفتين،وإلاَّ فليس كل طالب مدعيًا[1] .

وقالوا : المدعي هو من إذا سكت ترك، والمنكر هو من إذا سكت لم يترك. وقال المرداوي: هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب[2].

وقالوا : المدعى من إذا سكت ترك، ينبغي أن لا يترتب على عدم ثبوت دعواه حد ، أو تعزير ، كمن ادَّعى أنّ فلانا سرق منه شيئا ، أو زنا بابنته،فإن المدعي مسيءٌ إلى سمعة خصمه في الأولى ، وقاذف له بالزنا في الثانية ،فيلزمه تعزير في الاولى لاساءته الى سمعة خصمه ، وحد قذف في الثانية لرميه خصمه بالزنا فلا يترك[3].

وقالوا: المدعي:هو من يدعي خلاف الظاهر، وعكسه المنكر[4].

و قالوا: المدعى هو من يدعي أمرا باطنا خفيا، والمنكر من يدعى أمرا ظاهرا جليا.

ومن فوائد الخلاف لو قال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق. وإنِ ادعت الزوجة أنّها أسلمت قبله فلا نكاح.

---

[1] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٦٥٢

[2] المرداوي:الانصاف ١١ / ٢٧٦

[3] المصدر نفسه .

[4] المرداوي:الإنصاف ١١ / ٢٧٦ ، وهذا يوافق رأي المالكية والشافعية .

فالمدعى هي الزوجة على المذهب. وعلى القول الثاني المدعى هو الزوج[1].

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

ذهب بعض الحنفية ومعظم فقهاء الحنبلية إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من تعريف الدعوى نفسها.

فالمدعي عندهم: هو من يستدعي على الغير ، أو هو من يلتمس بدعواه اثبات ملك على غيره ، أو هو الطالب ، أو هو المنشئ للدعوى .

والمدعى عليه من يستدعى عليه بقول الغير، أو هو من يدفع عن نفسه التماسَ غيره،أو هو المطلوب ،أو هو من توجهت ضده الدعوى .

وذهب معظم فقهاء الحنفية إلى تعريف المدعي والمدعى عليه من جهة حكمه إذ قالوا: بأن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه : من إذا تركها يجبر عليها.

والمهم في ذلك أنَّه روعي الاشتقاق اللغوي للدعوى ، ويمكن وصفُهُ بأنَّه اتِّجاه دلاليٌّ إِلَى حدٍّ معيَّن .

---

[1] المرداوي:الإنصاف ١١ / ٢٧٦

وإن تقييد مفهوم المدعي بمن ينشئ الدعوى ،أو من يضيف لنفسه استحقاق شيء على الآخر،أو من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، أو من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا، أو دينا، أو حقا .

إنَّ هذا المفهوم غير جامع؛ لأنَّه يحصر مفهوم المدعي لكونه منشئًا للدعوى، أو المطالب بحق، ومن ثم يمنع هذا المفهوم دخول المدعي فيما لو كان غير منشئ للدعوى،أو اذا كان غير مطالب بحق .

قال القرافي من المالكية:ليس كلُّ طالبٍ مدعيًا ، وليس كلُّ مطلوبٍ منه مدَّعًى عليه[1]،فقد ينشئ الدعوى المدعى عليه حقيقة، وإن كان مدعيًا شكلا .

فلو تداعى دباغ وبزاز جلدا، فإنَّ الدباغ هو المدعى عليه حقيقة، ولو كان هو المنشئ للدعوى[2].

ولو أنكر المودع رد الوديعة فهو في الحقيقة ليس منكرا(مدعى عليه) بل هو مدع انشغال ذمة المستودع[3].

---

[1] القرافي : الفروق ٧ / ٢٨٦

[2] المصدر نفسه ٧ / ٢٨٧

[3] حيدر ،علي :درر الحكام ٤ / ١٥٤

ولذلك فإنَّ الاعتماد في تعريف المدعي والمدعى عليه على اللغة ليس دقيقا ،بل قد يكون من أسباب الغموض التي حيَّرت شريحاً القاضِيَ ،عندما قال:(وليت القضاء، وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلي فيه ، فأول ما ارتفع إلي خصمان أشكل على من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه)[1] .

ولهذا فإني ارى التركيز على المعاني لا المباني في تعريف المدعي والمدعى عليه،وذلك وَفْقَ أصولٍ وقواعِدَ وضوابطَ محددةٍ جوهريَّةٍ لا شكليَّةٍ.

أما بالنسبة الى القول المشهور عند الحنفية وبعض الفقهاء من المذاهب الاخرى ، وهو القول:بان المدعي من اذا تَرك تُرك ، وان المدعى عليه من اذا تَرك لم يُترك[2].

فعليه بعض الملاحظات منها:

أولا:

من خلال دراستي توصلت الى أن من عوامل الغموض التي تكتنف تعريف المدعي والمدعى عليه،هو اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من اللغة .لانه قد يكون المدعي صورة هو مدعى عليه حقيقة.

---

[1] ابن فرحون: تبصرة الحكام ١ / ٣١٨

[2] ابن عابدين: رد المحتار ٧ / ٤٠١

وينكشف هذا الغموض لو عرفنا المدعي بأنه :من ضعف جانبه بمخالفة أصل ، أو ظاهر. والمدعى عليه: من قوي جانبه بموافقة أصل ،أو ظاهر[1].

ثم إن الجمع بين قولهم أن المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب ، وقولهم أن المدعي هو من إذا تارك تُرك ، والمدعى عليه إذا تارك لايترك يصح فيما لو كان المدعي صورة هو مدع حقيقة ،ولكن كيف يصح لو كان المدعي صورة هو مدعى عليه حقيقة ؟وبعبارة أخرى : كيف للمدعى عليه حقيقة (المدعي صورة) أن يترك الدعوى متى شاء . واضرب لذلك مثالا ليتضح المقال:

من المعلوم أن المودع عنده يده يد أمانة ، والقول له بيمينه ، فلو ادعى المودع عنده رد الامانة فهو (مدع صورة)مدعى عليه حقيقة والقول قوله مع يمينه ، فهذا لا ينسجم مع قولهم بأن المدعي هو من يشتمل كلامه على الاثبات . فهذا المودع عنده يشتمل كلامه على الاثبات وفي نفس الوقت مدعى عليه وليس له أن يترك الدعوى متى شاء لانه قد يكون لصاحب الوديعة (المدعي الحقيقي)بينة فلا يترك المودع عنده .

ثانيا:هذا التعريف برأيي يستلزم الدور[2] ، وذلك أن معرفة من يسمح له بترك الدعوى ممن لا يسمح له بتركها متوقف على معرفة المدعي من المدعى عليه،وبعبارة أخرى فإننا لا نستطيع أن نعرف من يجبر على الخصومة،ومن لا يجبر عليها إلاّ إذا عرفنا من هوالمدعي ، ومن هو المدعى عليه الذين

---

[1] القرافي: الفروق٧ / ٢٨٦

[2] هوتقف كل من الشييئين على الآخر

هما محل بحثنا أصلا[1].

ثالثا:

إن هذا التعريف للمدعي والمدعى عليه تعريف بالثمرة لا بالماهية، والأصل في التعريفات أن تكون بماهيتها لا بثمرتها، إذ أن التعريف بالثمرة تنقصه الدقة أحيانا ، بينما عندما يكون التعريف جامعا مانعا خاليا من الدور ، فإنَّه يكون مضبوطا ودقيقا.

وهذا التعريف الذي نحن بصدده هو عبارة عن حكم لكل من المدعي والمدعى عليه من جهة ترك الدعوى أولا.

قال ابن فرحون: لم يختلف العلماء في حكم ما لكل واحد منهما ، وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب ، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة[2] ،وانما عز عليهم معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه.

---

[1] جاء في حاشية الدسوقي ما نصه: إذَا عَلِمَ الْقَاضِي أَنَّ هَذَا مُدَّعٍ بِأَنْ يَسْمَعَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَيْهِ يَتَخَاصَمَانِ فَعَلِمَ بِهِ، أَوْ دَخلا عَلَيْهِ وَهُوَ لا يَعْلَمُ فَسَكَتَ حَتَّى تَكَلَّمَا فَعَلِمَ بِهِ أَوْ قَالَ لَهُمَا مَا شَأْنُكُمَا ، أَوْ مَنْ الْمُدَّعِي مِنْكُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا أَنَا مُدَّعٍ وَوَافَقَهُ خَصْمُهُ عَلَى ذَلِكَ فَعُلِمَ الْجَوَابُ عَمَّا أُورِدَ هُنَا مِنْ الدَّوْرِ وَهُوَ أَنَّ أَمْرَهُ بِالْكَلامِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ بِكَوْنِهِ مُدَّعِيًا ، وَالْعِلْمُ بِكَوْنِهِ مُدَّعِيًا يَتَوَقَّفُ عَلَى كَلامِهِ.الدسوقي :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦ /٢٥ ،والحطاب:مواهب الجليل ٨ /١٢٠

[2] ابن فرحون : تبصرة الحكام ١ / ٣١٥

والمذاهب الأربعة [1] المشهورة وغيرها ـ أيضا ـ اتفقت على أن المدعي إذا تارك ترك ، وأن المدعى عليه إذا تارك لم يترك . ولكن السؤال المهم لنا هو، كيف نعرف الشخص الذي اذا تارك ترك من الذي إذا تارك لا يترك؟

---

[1] قال المازري من المالكية :المدعي من إذا سكت تُرك ، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته . انظر :ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ / ٣١٧

وقال الماوردي من الشافعية : فأما المدعي فهو الطالب من غيره شيئا في يده ، أو في ذمته . وأما المدعى عليه : فهو المطلوب منه شيء في يده ، أو في ذمته .

وفرق ما بين الطالب ، والمطلوب منه ، أن الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك . انظر : الماوردي: الحاوى الكبير١٧ /٥٩٣ ، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٦ / ٤٢٠ .

وقال البهوتي من الحنبلية: والمدعي: من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك، والمدعى عليه: المطالَب – بفتح اللام– أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر بذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت عن الجواب، لم يترك بل يقال : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك .انظر : البهوتي ، كشاف القناع ٦ /٤٨٨.

وقال الشوكاني: قال في الفتح والمشهور فيه تعريفان، الأول: إنَّ المدعي من تخالف دعواه الظاهر، والمدعى عليه: بخلافه. و الثاني : من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى إذا سكت . والأول أشهر والثاني أسلم. الشوكاني:نيل الأوطار ٩ / ١٦٣ .

المبحث الثاني: أصحاب الاتِّجاه المعتمد على الأصل والظاهر في تمييز المدعي من المدعى عليه و هم المالكية والشافعية وابن القيم من الحنبلية

المطلب الأوَّل: مذهب المالكية وابن القيم في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثاني: مذهب الشافعية في تمييز المدعي من المدعى عليه

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

المطلب الأول: مذهب المالكية وابن القيم في تمييز المدعي من المدعى عليه

ذهب معظم فقهاء المالكية إلى أن المدعي هو من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، والمدعى عليه عكسه.

جاء في الشرح الكبير: " والمدعي هو من تجرد قوله حال الدعوى عن مصدّق من أصل أو معهود عرفًا ،أي لم يكن له ما يصدقه من هذين حين الدعوى؛ لذا طلب منه البيّنة ليصدّق، أمّا المدعى عليه فهو من تمسك بأصل أو عرف[١].

والأمر المصدق يفسره ابن الحاجب [٢] بقوله: المدعى عليه من ترجح جانبه بمعهود او أصل"[٣].

والمعنى أنَّ المدعي هو من تجرد قوله عن معهود أو أصل، والمدعى عليه عكسه. والمعهود هو شهادة العرف والعادة والغالب، والأصل هو استصحاب الحال.

---

[١] الدردير،أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير :ضمن حاشية الدسوقي٦ / ٢٥

[٢]هو:عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين إبن الحاجب(٥٧٠ - ٦٤٦ هـ = ١١٧٤ - ١٢٤٩ م): فقيه مالكي، من كبار العلماء بالعربية. كردي الأصل. ولد في أسنا (من صعيد مصر) ونشأ في القاهرة، وسكن دمشق، ومات بالإسكندرية. وكان أبوه حاجبا فعرف به. من تصانيفه " الكافية - ط " في النحو، و " الشافعية - ط " في الصرف، و " مختصر الفقه - خ " استخرجه من ستين كتابا، في فقه المالكية، ويسمى " جامع الأمهات " و"المقصد الجليل - ط " قصيدة في العروض، و " الأمالي النحوية - خ و " منتهى السول والأمل في علمي الأصول والجدل - ط " في أصول الفقه، و " مختصر منتهى السول والأمل - ط " و " الإيضاح - خ " في شرح المفصل للزمخشري.انظر :الأعلام للزركلي ٤ /٢١١

[٣] ابن فرحون ، تبصرة الحكام ١ /٣١٥

وقد زاد ابن شاس[1] بقوله : " أو كان أضعف المتداعيين أمرًا في الدلالة على الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة وذلك كالخارج عن معهود، والمخالف لأصل وشبه ذلك .[2]

وقد قيد الدردير التعريف السابق للمدعي بقوله: " حال الدعوى ،أي أن التجرد المقصود هو الذي يكون حال الدعوى، وقبل إقامة البينة؛ ولذلك قال بعضهم : " بمصدّق غير بينة" أي أن لا يكون الأمر المصدق الذي تجرد عنه قول المدعي هو البينة، فإنه يظل مدعيًا ولو لم يتجرد قوله منها"[3] .

ولخص ذلك القرافي بقوله:

"ضابط المدعي والمدعى عليه في عباراتين للأصحاب:

إحداهما: أن المدعي هو أبعد المتداعيين سببًا، والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سبباً.

والعبارة الثانية : وهي توضح الأولى أن المدعي:من كان قوله على خلاف أصل أو عرف،والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف[4].

---

[1] هو: عبد الله بن محمد بن نجم بن شاس بن نزار، الجذامي السعدي المصري، جلال الدين، أبو محمد(٠٠ – ٦١٦ هـ– ١٢١٩ م): شيخ المالكية في عصره بمصر. من أهل دمياط. مات فيها مجاهدا، والإفرنج محاصرون لها. من كتبه " الجواهر الثمينة " في فقه المالكية.وكان جده شاس من الأمراء . انظر : الأعلام للزركلي٤ / ١٢٤

[2] ابن فرحون ، تبصرة الحكام ١ /٣١٥

[3] الدسوقي:حاشية الدسوقي ٦ / ٢٥

[4] القرافي، الفروق ٧ / ٢٨٩.

ويفهم مما تقدم من أقوال السادة المالكية أن المدعى عليه أقوى سببًا حيث اقترنت دعواه بمرجّح فيُكتفى منه باليمين.

أما المدعي: فقد عريت دعواه عن مرجح فكانت أضعف سببًا فاحتاجت الى حجة قوية وهي البينة.

وقد جعل النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه والمعقول كذلك؛ لأن المدعي يدعي أمراً خفيًا فيحتاج الى إظهاره، وللبينة قوة الإظهار؛ لأنها كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي، واليمين وإن كانت مؤكدة بذكر اسم الله ـ عز وجل ـ ،لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق، وتصلح حجة المدعى عليه، لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظاهر .

قال ابن القيم :

أن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه ، حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى،فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين ؛ لقوته بأصل براءة الذمة ، فكان هو أقوى المدعيين باستصحاب الأصل ، فكانت اليمين من جهته .

فإذا ترجح جانب المدعي بلوث ، أو نكول ، أو شاهد كان أولى باليمين ؛ لقوة جانبه بذلك، فاليمين مشروعة في جانب أقوى المتداعيين ، فأيهما قوي جانبه شرعت اليمين في حقه بقوته وتأكيده .

ولهذا لما قوي جانب المدعين باللوث شرعت الأيمان في جانبهم ، ولما قوي جانب المدعي بنكول المدعى عليه ردت اليمين عليه ، كما حكم به الصحابة.

ولما قوي جانب المدعى عليه بالبراءة الأصلية : كانت اليمين في حقه وكذلك الأمناء ، كالمودع والمستأجر والوكيل والوصي : القول قولهم ، ويحلفون؛ لقوة جانبهم بالأيمان ،فهذه قاعدة الشريعة المستمرة[1].

واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافيَة للاستمرار. فكان جعل البينة حجة المدعي،وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حدّ الحكمة[2].

ومما يؤكد أنَّ البينة أقوى من اليمين، ومقدمة عليها أن شريحاً القاضي كان يستحلف الرجل مع بينته، ويقبل البينة بعد اليمين ويقول:البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة، وبه أخذ

---

[1] ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية ص٥٧

[2] الكاساني :بدائع الصنائع ٥ /٢٣٧

سفيان[1] الثوري والليث[2]وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وإسحاق[3].

وقال المالكية : إذا وجد الطالب بينة بعد يمين المطلوب لم يكن علم بها قضي له بها وإن كان علم بها فلا تُقبل منه ،وقد قيل تُقبل[4].

إن المصدّق الذي إذا اعتضد به جانب أحد المتخاصمين كان دليلاً على أنه هو المدعى عليه يمكن أن يكون أحد شيئين، هما: ألأصل والظاهر:

---

[1] هو: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، من بني ثور بن عبد مناة، من مضر، أبو عبد الله(٩٧ - ١٦١ هـ = ٧١٦ - ٧٧٨ م): أمير المؤمنين في الحديث. كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى. ولد ونشأ في الكوفة، وراوده المنصور العباسي على أن يلي الحكم، فأبى. وخرج من الكوفة (سنة ١٤٤ هـ فسكن مكة والمدينة. ثم طلبه المهدي،فتوارى. وانتقل إلى البصرة فمات فيها مستخفيا. له من الكتب (الجامع الكبير) و (الجامع الصغير) كلاهما في الحديث، وكتاب في (الفرائض) وكان آية في الحفظ. من كلامه: ما حفظت شيئا. فنسيته.ولابن الجوزي كتاب في مناقبه. انظر :الأعلام للزركلي ٣ /١٠٥

[2] (٢)هو: الليث بن سعد عبد الرحمن الفهمي: بالولاء، أبو الحارث(٩٤ - ١٧٥ هـ = ٧١٣ - ٧٩١ م): إمام أهل مصر في عصره، حديثا وفقها. قال ابن تغري بردى: " كان كبير الديار المصرية ورئيسها وأمير من بها في عصره،بحيث إن القاضي والنائب من تحت أمره ومشورته ". أصله من خراسان، ومولده في قلقشندة، ووفاته في القاهرة. وكان من الكرماء الاجواد.وقال الإمام الشافعي: الليث أفقه من مالك، إلا أن أصحابه لم يقوموا به. أخباره كثيرة، وله تصانيف. ولابن حجر العسقلاني، كتاب " الرحمة الغيثية في الترجمة الليثية - ط " في سيرته انظر :الأعلام للزركلي ٥ /٢٤٨

[3] ابن حزم :المحلى ١٠ /٢٤٥

[4] انظر: ابن ابي زيد، محمد بن عبد الله القيرواني، الرسالة الفقهية، ط (٢)، (دار الغرب الاسلامي، ١٩٩٧م)، ص (٢٤٥).

أولا: الأصل

أما الأصل، فهو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة ، أو الدلالة المستمرة،أو استصحاب الحال الأول، وهو بقاء ما كان على ما كان، وهو الحالة العادية التي لاتحتاج إلى دليل. فمن ادعى على شخص ديناً أو غصبا أو جناية ونحوها فإن الأصل عدم هذه الأمور، والقول قول المطلوب منه مع يمينه؛لأنَّ الأصل يعضده ويخالف الطالب، وهذا مجمع عليه[١] ومن هذه الأصول[٢]:

١-الأصل براءة الذمة من الحقوق قبل عمارتها:

فمن ادعى ديناً على آخر، فأنكر المطلوب،كان المنكر مدعى عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة، وقد عضده هذا الأصل، فكان القول له بيمينه، إن لم تكن للمدعي بينة، ولو اعترف المطلوب بالدَّين، وادَّعى القضاء لكان الطالب هو المدعى عليه في هذا الدفع؛ لأن الأصل استصحاب عمارة الذمة بعد ثبوت شغلها، فكان القول له بيمينه إن لم يكن للآخر بينة.

---

[١] الفروق : القرافي ٧ / ٢٨٧

[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٣، وانظر :الزرقا ،مصطفى: المدخل الفقهي العام ٢ /٩٨٤ وما بعدها .

ومن الأمثلة[1] التي ذكرها القرافي:

ا- إن اليتيم لما بلغ وطالب الوصيّ بما له تحت يديه فقال أوصلته لك، فإنَّه مدعى عليه، والوصيّ المطلوب مدعٍ، فعليه البينة؛ لأنَّ الله تعالى أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا اليهم أموالهم، فلم يأتمنهم على الدفع بل على التصرف والإنفاق خاصة، وإذا لم يكونوا أمناء كان الأصل عدم الدفع وهو يعضد اليتيم ويخالف الوصي، فهذا طالب واليمين عليه ؛ لأنه مدعى عليه والوصيّ مطلوب وهو مدعٍ .

ب- وكذلك طالب الوديعة التي سلمها للمودع عنده ببينة؛ لأنَّه لم يأتمن المودع عنده لما اشهد عليه فالقول قول صاحب الوديعة مع بينته وإن كان طالبا؛ لأنَّ ظاهر حال المودع عنده لما قبض ببينة أنه لا يعطي إلا ببينة، والأصل ـ أيضًا ـ عدم الدفع ، فاجتمع الأصل والغالب، وهما يعضدان صاحب الوديعة ويخالفان القابض لها.

ت- وكذلك القراض إذا قبض ببينة فإن قبضت الوديعة أو القراض بغير بينة ، فالقول قول العامل،والمودع عنده؛ لأن يدهما يد أمانة صِرفة، والأمين مصدَّق ، ونظائر هذا كثيرة يكون الطالب فيها مدعى عليه.

---

[1] الفروق : القرافي ٧ /٢٨٦

٢- الأصل في الإنسان الصحة قبل ثبوت مرضه،و يكون مدعي المرض مدعياً خلاف الأصل فعليه البينة؛لأن الأصل في الأمور العارضة العدم[١].

وإذا وقع طلاق رجل لزوجته طلاقاً بائناً، ثمَّ مات ، فقامت المرأة على الورثة تدعي أنه طلق في مرض الموت ؛ لكي ترث منه فأنكر الورثة ذلك، كانت المرأة مدعية خلاف الأصل الذي يقضي أن الإنسان سليم حتى يثبت مرضه، فعليها البينة، والقول للورثة[٢].

٣- الأصل عدم المضارة والتعدي، فلو ادَّعى شخص على الطبيب العمد في ما زاد على المأذون فيه فادعى الطبيب الخطأ فإن القول له[٣].

٤- الأصل في الإنسان الجهل في الشيء ؛ حتى يقوم عليه الدليل بالعلم، فإذا قام الشريك يطلب حصة شريكه بالشفعة ممن إشتراها ولو بعد مرور عام من عقد البيع،فادعى المشتري علم الشريك بالبيع وادعى هو جهله بذلك،كان القول قول الشريك، والمشترى هو المدعي، وعليه البينة التي تشهد أن الشريك كان على علم بالعقد[٤].

---

[١] الزرقا: المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨٢

[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٣

[٣] المصدر نفسه

[٤] المصدر نفسه

٥- الأصل في الإنسان الفقر لسبقه ،حيث يولد خالي اليد فيكتسب بعمله فيصبح غنيا، غير أنهم قالوا: إن الناس محمولون على الملاء لغلبته .فهذا من جملة ما تعارض فيه الأصل والغالب وقدم الأخير فيه .وفرّعوا على ذلك أن زاعم الإعسار يعتبر مدعيا، وإن وافقه الأصل الذي هو الفقر، فهو المدعي والمطالَب بالبينة على الإعسار[1].

ثانيًا: الظاهر:

والمراد بالظاهر ما يترجح وقوعه . ويستفاد من أحد أمرين: العرف، والقرائن المغلبة على الظن.

١- العرف :

والعُرف ما استقرَّ في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، ويسميه بعضهم المعهود، والغالب، والعادة، واستدل على حجيّته بقول الله ـ عزَّ وجل ـ : ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾ [2] ، وقد قالوا إن العرف مقدم على الأصل، وكل اصل كذّبه العرف رجح هذا الأخير[3].

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٣

[2] الأعراف (١٩٩)

[3] الفروق : القرافي ٧ / ٢٩٣

٢- القرائن وظواهر الحال وغلبة الظن

والقرينة هي العلامة ، والمراد بها، ما يدل على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة[١].

قال ابن القيم: القول قول من يدل الحال على صدقه، وأن مالكا وأصحابه منعوا سماع الدعوى التي لا تشبه الصدق ، ولم يحلفوا لها المدعى عليه ؛ نظرا إلى الأمارات والقرائن الظاهرة [٢].

ومن ذلك"قول أهل المدينة – وهو الصواب – أنه لا يقبل قول المرأة : إن زوجها لم يكن ينفق عليها ولا يكسوها فيما مضى من الزمان ؛ لتكذيب القرائن الظاهرة لها .

وقولهم في ذلك هو الحق الذي ندين الله به ، ولا نعتقد سواه ، والعلم الحاصل بإنفاق الزوج وكسوته في الزمن الماضي ، اعتمادا على الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل، وبقاء ذلك في ذمته بأضعاف مضاعفة .

فكيف يقدم هذا الظن الضعيف على ذلك العلم الذي يكاد يبلغ القطع ؟ فإن هذه الزوجة لم يكن ينزل عليها رزقها من السماء ، كما كان ينزل على مريم بنت عمران ، ولم تكن تشاهد تخرج من منزلها تأتي بطعام وشراب ، والزوج يشاهد في كل وقت داخلا عليها بالطعام والشراب ، فكيف يقال : " القول قولها " ويقدم ظن الاستصحاب على هذا العلم اليقيني ؟ والله أعلم .

---

[١] وقد ساق ابن القيم كثيرا من الوقائع التي قضى فيها الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ بناء على القرائن ، وانتهى إلى تفسير قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ البينة على المدعي بأن المراد بالبينة ما يظهر صحة دعوى المدعي . فإذا ظهر صدقه بأي طريق من طرق الحكم ، ومنها القرينة ، حكم له .انظر ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،ص٦ وما بعدها.

[٢] المصدر السابق ص١٧

ومن ذلك : أنهم قالوا : يقبل قول الوصي فيما ينفقه على اليتيم إذا ادعى ما يقتضيه العرف ، فإذا ادعى أكثر من ذلك لم يقبل قوله .

وهكذا سائر من قلنا " القول قوله " إنما يقبل قوله إذا لم يكذبه شاهد الحال ، فإن كذبه لم يقبل قوله ، ولهذا يكذب المودَع والمستأجر ، إذا ادعيا أن الوديعة أو العين المستأجرة هلكت في الحريق،أو تحت الهدم ، أو في نهب العيارين ونحوهم ، لم يقبل قولهم إلا إذا تحققنا وجود هذه الأسباب ، فأما إذا علمنا انتفاءها فإنا نجزم بكذبهم ، ولا يقبل قولهم .

وهذا من أقوى الأدلة على أن القول قول الزوج في النفقة والكسوة لما مضى من الزمان ، لعلمنا بكذب الزوجة في الإنكار ، وكون الأصل معها مثل كون الأصل قبول قول الأمناء ، إلا حيث يكذبهم الظاهر .

ومن ذلك : أنهم قالوا في تداعي العيب : هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ؟ أن القول قول من يدل الحال على صدقه فإن احتملت الحال صدقهما ففيها قولان ، أظهرهما : أن القول قول البائع ؛ لأن المشتري يدعي ما يسوغ فسخ العقد بعد تمامه ولزومه ، والبائع ينكره .

ومن ذلك : أن مالكا وأصحابه منعوا سماع الدعوى التي لا تشبه الصدق ، ولم يحلفوا لها المدعى عليه ، نظرا إلى الأمارات والقرائن الظاهرة .

ومن ذلك : أن أصحابنا وغيرهم من الفقهاء ، جوزوا للرجل أن يلاعن امرأته ، فيشهد عليها بالزنا مؤكدا لشهادته باليمين ، إذا رأى رجلا يعرف بالفجور يدخل إليها ويخرج من عندها ، نظرا إلى الأمارات والقرائن الظاهرة .

ومن ذلك : أن جمهور الفقهاء يقولون في تداعي الزوجين ، والصانعين لمتاع البيت والدكان : أن القول قول من يدل الحال على صدقه ، والصحيح في هذه المسألة : أنه لا عبرة باليد الحسية ، بل وجودها كعدمها .

ولو اعتبرناها لاعتبرنا يد الخاطف لعمامة غيره وعلى رأسه عمامة وآخر خلفه حاسر الرأس ونحن نقطع بأن هذه يد ظالمة عادية ، فلا اعتبار لها ، ومن ذلك : أن مالكا رحمه الله يجعل القول قول المرتهن في قدر الدين ، ما لم يزد على قيمة الرهن .

وقوله هو الراجح في الدليل ؛ لأن الله سبحانه جعل الرهن بدلا من الكتاب والشهود ، فكأنه ناطق بقدر الحق ، وإلا فلو كان القول قول الراهن لم يكن الرهن وثيقة ، ولا جعل بدلا من الكتاب والشاهد ، فدلالة الحال تدل على أنه إنما رهنه على قيمته أو ما يقاربها ، وشاهد الحال يكذب الراهن إذا قال : رهنت عنده هذه الدار على درهم ونحوه ، فلا يسمع قوله .

والمقصود أن الشريعة لا ترد حقا ، ولا تكذب دليلا ، ولا تبطل أمارة صحيحة .وأن " البينة " في الشرع : اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهي تارة تكون أربعة شهود ، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس ، وتارة شاهدين ، وشاهدا واحدا ، وامرأة واحدة ، وتكون نكولا ويمينا ، أو خمسين يمينا ، أو أربعة أيمان .

وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها ، فقوله صلى الله عليه وسلم { البينة على المدعي } أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه ، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له .

ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات ، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقرارا "[1].

ومن الامثلة أيضا[2]:

١- من حاز شيئا مدة يتصرف فيه، ثم ادعاه غيره ، فإنه يرجح قول الحائز في دعوى الملكية، ويكون الآخر مدعيا؛ لأن قوله يخالف الظاهر المستنبط من الواقع والقرائن فيكلف بالبينة ، فإن عجز عنها وقعت دعواه بيمين الحائز.

٢- لو تداعى بزاز ودباغ جلدا كان الدباغ مدعى عليه.

٣- لو تداعى قاض و جندي رمحاً كان الجندي مدعى عليه.

٤- مسألة الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت، فإن القول قول الرجل فيما يشبه قماش الرجال، والقول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء.

٥- لوتنازع عطار وصباغ مسكا وصبغا قدم العطار في المسك والصباغ في الصبغ.

٦- دعوى المرأة على زوجها الحاضر معها أنَّه لم ينفق عليها فالقول قول الزوج تغليبًا للعرف على الأصل [3].

٧-جاء في الطرق الحكمية لابن القيم:

---

[1] ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية ص١٦ وما بعدها

[2] الفروق : القرافي ٧ / ٢٨٧

[3] ابن فرحون : تبصرة الحكام ١ /٣١٦

إذا اختلف الرجلان في جدار بين داريهما – كل يدعيه – فإن كان عقد بنائه إليهما فهو بينهما ، وإن كان معقودا إلى أحدهما ومنقطعا عن الآخر ، فهو إلى من إليه العقد ، وإن كان منقطعا بينهما جميعا فهو بينهما ، وإن كان لأحدهما فيه كوى[1] ، ولا شيء للآخر فيه ، وليس بمنعقد إلى واحد منهما ؛ فهو إلى من إليه مرافقه ؛ وإن كانت فيه كوى لكليهما فهو بينهما ؛ وإن كانت لأحدهما عليه خشب ، ولا عقد فيه لواحد منهما ؛ فهو لمن له عليه الحمل ؛ فإن كان عليه حمل لهما جميعا فهو بينهما . ثم إن الكتابة على الحجارة والحيوان ، وكتب العلم أقوى من هذه الإمارات بكثير ،فهي أولى أن يثبت بها حكم تلك الكتابة ، ولا سيما عند عدم المعارض ، وأما إذا عارض ذلك بينة لا تتهم ، ولا تستند إلى مجرد التبديل بذكر سبب الملك واستمراره ، فإنها تقدم على هذه الأمارات. وأما إن عارضها مجرد اليد لم يلتفت إليها ؛ فإن هذه الأمارات بمنزلة البينة والشاهد ، واليد تــرفع بذلك [2].

٨–لو ادعى الزوج أن سيد الأمة غرّه وزوّجه بها وأنكر السيد فقال أشهب[3]: القول قول الزوج؛ لأنَّه تعارض الأصل والغالب. فالأصل عدم الغرور فيكون القول قول السيد، والغالب عدم الدخول على زواج الإماء وعدم الرضا بهن، وزواج الأحرار للإماء نادر فيقدم الغالب على النادر[4].

---

[1] كوى جمع كوة وهي خرق في الجدار يخرج منه الهواء والضوء

[2] ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية ص ١٦٥

[3] هو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، أبو عمرو(١٤٥ – ٢٠٤ هـ = ٧٦٢ – ٨١٩ م): فقيه الديار المصرية في عصره. كان صاحب الإمام مالك. قال الشافعي: ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه. قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. مات بمصر. انظر :الأعلام للزركلي ١ /٣٣٣

[4] ابن فرحون : تبصرة الحكام ١/ ٣١٦

٨- لو تداعى راكب الدابة مع سائقها ملكيتها، فالسائق هو المدعي ، والراكب هو المدعى عليه؛لأنه أقرب والصق للمدعى به من السائق.

فاليد عبارة عن القرب والاتصال، فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه ونعله، ويليه البساط الذي هو جالس عليه، والدابة التي هو راكبها، ويليه الدابة التي هو سائقها، ويليه الدار التي هو ساكنها، فهي دون الدابة؛ لعدم استيلائه على جميعها[١].

ويقول ابن القيم :

"إن الأيدي ثلاث :

الأولى :

يد يعلم أنها مبطلة ظالمة ، فلا يلتفت إليها .

الثانية :

يد يعلم أنَّها محقة عادلة ، فلا تسمع الدعوى عليها ، كمن تشاهد في يده دار يتصرف فيها بأنواع التصرف من عمارة، وخراب ،وإجارة، وإعارة مدة طويلة من غير منازع، ولا مطالب ، مع عدم سطوته وشوكته ، فجاء من ادعى أنه غصبها منه ، واستولى عليها بغير حق – وهو يشاهده في هذه

[١] الفروق : القرافي ٧ /٣٢٢

المدة الطويلة ويمكنه طلب خلاصها منه ، ولا يفعل ذلك – فهذا مما يعلم فيه كذب المدعي ، وأن يد المدعى عليه محققة .هذا مذهب أهل المدينة مالك وأصحابه ، وهو الصواب .

قالوا : إذا رأينا رجلا حائزا دارًا، متصرفا فيها مدة سنين طويلة بالهدم والبناء،والإجارة والعمارة ، وهو ينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه،ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدة، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ، ولا يذكر أن له فيها حقا،ولا مانع يمنعه من مطالبته ، من خوف سلطان ، أو نحوه من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، وليس بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ، ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك، مما تتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه ، بل كان عريا عن ذلك أجمع ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويريد أن يقيم بينة على ذلك ، فدعواه غير مسموعة أصلا ، فضلا عن يمينه .

وتبقى الدار في يد حائزها؛ لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة .

قال تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴾[1] ، وأوجبت الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد وغيره .

وكذلك يؤخذ بهذا في هذا الموضع ، وليس ذلك خلاف العادات فإن الناس لا يسكتون على ما يجري هذا المجرى من غير عذر .

---

[1] الأعراف ١٩٩ .

الثالثة :

يد يحتمل أن تكون محقة ، وأن تكون مبطلة ، فهذه هي التي تسمع الدعوى عليها ، ويحكم بها عند عدم ما هو أقوى منها .

فالشارع لا يغير يدا شهد العرف والحس بكونها مبطلة ، ولا يهدر يدا شهد العرف بكونها محقة ، واليد المحتملة يحكم فيها بأقرب الأشياء إلى الصواب ، وهو الأقوى فالأقوى ، والله أعلم .

فالشارع لا يعين مبطلا ، ولا يعين على محق ، ويحكم في المتشابهات بأقرب الطرق إلى الصواب وأقواها [1].

وبهذه الامثلة يظهر لنا قول ابن شاس: "المدعي هو اضعف المتداعيين سببا[2].

استثناء من القاعدة

يقول القرافي : " يستثنى من كل ما ذكر أن الأمة اجمعت على أن الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة والشأن في العلو والدين، بل أبو بكر الصديق ، أو عمر بن الخطاب لو ادعى على أفسق الناس، وأدناهم درهما لا يصدَّق فيه، وعليه البينة ،وهو مدعٍ،والمطلوب مدعى عليه، والقول قوله مع يمينه، وعكسه لو ادعى الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك.

---

[1] ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية ص٨٨ وما بعدها

[2] ابن فرحون : تبصرة الحكام ١/ ٣٢٢

وبهذا يحتج الشافعي علينا، ويجيب عما تقدم ذكره بذلك، وكما أن هذه الصور حجة الشافعي فهي نقض على قولنا: المدعي من خالف قوله أصلا أو عرفا، والمدعى عليه من وافق قوله أصلا أو عرفاً –والعرف المقصود هو الذي لا يخالف نصا أو اجماعا–.

فإن العرف في هذه الصور شاهد، وكذلك الظاهر، قد ألغيا إجماعا فكان ذلك مبطلاً للحدود المتقدمة ونقداً على المذهب "[1].

---

[1] الفروق : القرافي ٧ /٢٨٨ . الأصل في مذهب المالكية تقديم العرف على الأصل، ومن ذلك ما أيده ابن القيم في الطرق الحكمية حيث قال: "من القبيح أن تسمع دعوى البقال على الخليفة أو الأمير أنه باعه بمائة دينار ولم يوفه إياها ، أو أنه اقترض منه ألف دينار أو نحوها ، أو أنه تزوج ابنته الشوهاء ، ودخل بها ، ولم يعطها مهرها .او تدعي امرأة مكثت مع الزوج ستين سنة أو نحوها و أنه لم ينفق عليها يوما واحدا ، ولا كساها خيطا ، وهو يشاهد داخلا وخارجا إليها بأنواع الطعام والفواكه، فتسمع دعواها ويحلف لها ، ويحبس على ذلك كله .

أو تسمع دعوى الذاعر الهارب وبيده عمامة لها ذؤابة ، وعلى رأسه عمامة ، وخلفه عالم مكشوف الرأس ، فيدعي الذاعر أن العمامة له ، فتسمع دعواه ، ويحكم له بها بحكم اليد .

أو يدعي رجل معروف بالفجور، وأذى الناس على رجل مشهور بالديانة والصلاح : أنه نقب بيته وسرق متاعه،فتسمع دعواه ويستحلف له ، فإن نكل قضي عليه .

أو يدعي رجل معروف بالشحاذة وسؤال الناس : أنه أقرض تاجرا من أكبر التجار مائة ألف دينار ، أو أنه غصبها منه ، أو أن ثياب التاجر التي هي عليه ملك الشحاذ شلحه إياها ، أو غصبها منه ، ونحو ذلك من الدعاوى التي شهد الناس بفطرهم وعقولهم : أنها من أعظم الباطل ، فهذه لا تسمع ، ولا يحلف فيها المدعى عليه ، ويعزر المدعي تعزير أمثاله .

وهذا الذي تقتضيه الشريعة التي مبناها على الصدق والعدل ، كما قال تعالى : ﴿ وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا لَّا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿١١٥﴾ ﴾ الأنعام: ١١٥ ، فالشريعة المنزلة من عند الله لا تصدق كاذبا،ولا تنصر ظالما "– ابن القيم : الطرق الحكمية ص٧٠ .

وقداستثنى المالكية بعض المسائل إما للمحافظة على المصلحة العامة، واما للضرورة كما في قول الامناء في تلف الامانات التي بين ايديهم فانه يقبل مع ان الاصل عدمه لانه امر عارض، وانما قبل كي لا يزهد الناس في قبول الامانات فتفوت هذه المصلحة كما في قول الغاصب بتلف المغصوب، فانه يقبل مع يمينه للضرورة ويعتبر مدعى عليه ،اذ لو لم يقبل قوله واعتبر مدعياً لكان مصيره الخلود في السجن[1].

المطلب الثاني: مذهب الشافعية في تمييز المدعي من المدعى عليه

ذهب معظم فقهاء الشافعية الى أن المدعي هو من يلتمس خلاف الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[2].

---

[1] الفروق : القرافي٧ /٢٩٧ .

[2] الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٦ /٤٢١

والمقصود بالظاهر ما هو بين وواضح للناس، إما بموجب أصله، أو لأنَّه الغالب في الاستعمال، أو المتعارف عليه في الحياة ،أو المألوف في مجرى الأمور.وتستمر براءة الذمة وتعتبر الظاهر حتى يثبت عكسها.

وقد جعلت البينة على الأول واليمين على الثاني؛ لأنَّ جانب الأوَّل ضعيف لدعواه خلاف الأصل، والبينة حجة قوية ؛ لبعدها عن التهمة، والجانب الثاني قوي لموافقته للأصل في البراءة ،واليمين حجة ضعيفة لقربها من التهمة، فجعل القوي في جانب الضعيف، والضعيف في جانب القوي[1].

وجانب المدعى عليه أقوى من جانب المدعي؛ لأن الدعوى إن توجهت إلى ما في يده فالظاهر أنه على ملكه،   وإن توجهت إلى دين في ذمته، فالأصل براءة ذمته، فجُعلت أقوى الحجتين وهي البينة في أضعف الجنبتين وهي المدعي، وجعلت أضعف الحجتين ، وهي اليمين في أقوى الجنبتين وهي المدعى عليه؛ لتكون قوة الحجة جبرانًا لضعف الجنبة، وفي الجنبة جبرانًا لضعف الحجة فتعادلاً في الضعف والقوة[2].

والظاهر عند الشافعية نوعان: ظاهر بنفسه ، وظاهر بغيره، ويطلقون كثيراً لفظ الأصل على النوع الأول، وإذا ذكروا الظاهر في مقابلة الأصل كان المقصود به النوع الثاني وهو الظاهر بغيره، والظاهر الذي ذكروه في التعريف المتقدم للمدعي والمدعى عليه يقصد به النوعان جميعًا.

---

[1] الدمياطي : حاشية اعانة الطالبين ٤ / ٥٠٠

[2] الماوردي:الحاوي الكبير ١٧ / ٦١٤

أوَّلاً: الظاهر بنفسه

والظاهر بنفسه هو أقوى أنواع الظاهر عند الشافعية،وهو ما يكون مستفاداً من الأصول كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية، مثل: براءة الذمم من الحقوق، والأجساد من العقوبات، وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعها[1].

فمن هذه الأصول:

١- الأصل بقاء ما كان على ما كان، ويسمى الاستصحاب، فلو ادَّعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المؤجر ذلك، كان القول قوله مع اليمين؛ لأنَّ الأصل بقاء الأجرة في ذمة المستأجر إلى أن يثبت دفعها الى المؤجر[2].

٢- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.

٣- الأصل في الأمور العارضة العدم،وفي الأمور الاصلية الوجود، فلو ادعى شخص على آخر بأنه عقد معه عقدًا أو اتلف له مالاً أو ارتكب جريمة وأنكر الآخر فالقول لهذا حتى يثبت المدعي هذه الأفعال؛ لأنها أمور عارضة، وأن الأمور المتيقنة قبلاً هي عدمها[3].

---

[1] السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر(بيروت: دار الكتب العلمية ١٤٠٣) ١ /٦٤

[2] الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢ /٩٨٢

[3] السابق، نفسه

٤- الأصل براءة الذمة، فمن ادعى على غيره التزاماً بدين أو بعمل ما مها كان سببه من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الضمان، فعليه هوالإثبات إذا أنكر هذا الخصم؛ لأن هذا الخصم يتمسك بحالة أصلية هي براءة الذمة فيكون ظاهر الحال شاهدًا له ما لم يثبت خلافه[١].

٥- الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، فلو تبين في المبيع عيب بعد القبض فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري وجوده عند البائع، فإنه يعتبر حادثًا عند المشتري فليس له فسخ البيع حتى يثبت أنه قديم عند البائع، إلا أن يكون العيب مما لا يحدث مثله بل هو من أصل الخلقة كالخيف[٢] في الفرس[٣].

٦- الأصل الصحة والعقل، كمن زعم المرض أو الجنون، فهو مدع خلاف الأصل، وعليه البينة،وذلك في الإرث من الطلاق البائن عند القائلين به إذا أنكر الورثة ، وفي إقرار المريض عند من يفرق بينه وبين اقرار الصحة ، وفي التصدق في مرض الموت ، وهل يعتبر من الثلث ، وتصرف الشخص بعد الجنون أو قبله فالأصل هو العقل ومن يدعي خلافه فعليه البينة وهو مدع[٤].

٧- الأصل عدم المضارة والتعدي، فلو ادعى شخص على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه فادعى الطبيب الخطأ فإن القول له[٥].

---

[١] الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٨٤

[٢] الخيف : أن تكون إحدى العينين سوداء والأخرى زرقاء

[٣] الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢ /٩٨٤

[٤] الزحيلي ،محمد: وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية ص٦٦٠

[٥] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٣

٨- الأصل في الإنسان الجهل في الشيء حتى يقوم عليه الدليل بالعلم، فإذا قام الشريك بطلب حصة شريكه بالشفعة ممن اشتراها ، وكان ذلك بعد مرور عام من عقد البيع، فادعى المشتري علم الشريك بالبيع، وادعى هو جهله بذلك، وكان القول قول الشريك، والمشتري هو المدعي، وعليه البينة التي تشهد أن الشريك كان على علم بالعقد[1].

٩- الأصل في الإنسان الفقر؛ لسبقه حيث يولد خالي اليد فيكتسب بعمله فيصبح غنيًا[2].

١٠- الأصل في العقود الصحة:فمن ادعى الفساد ، فعليه الاثبات،ويكون القول قول مدعي الصحة مع اليمين [3].

ثانيًا: الظاهر بغيره

والظاهر بغيره عند الشافعية، هو ما يستفاد من العرف والعوائد أو من القرائن ودلائل الحال، وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره، فغالبًا ما يقدم الشافعية الأول، ويكون الذي

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٢٧٣

[2] المصدر نفسه

[3] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٦٦٠

خلافه مدعيًا يكلف بالبينة إن لم يقر خصمه ، والآخر مدعى عليه. ومن ذلك قول البجيرمي: "إن البينة على المدعي؛ لأن جانب المدعي ضعيف بدعواه خلاف الأصل، ولو كان فاضلاً شريفًا"[١].

ومن المعهود أن الشريف الفاضل لا يكذب، ومع ذلك يكلف البينة عند الادعاء.

ومن الأمثلة على ذلك:

١- دعوى المرأة على زوجها الحاضر معها أنَّه لم ينفق عليها، فالقول قول الزوج عند المالكية؛ لأن العرف والغالب – الظاهر بغيره – يشهد بصدقه، وعند الشافعية القول قول المرأة تمسكًا بالأصل؛لأن الأصل عدم الإنفاق. والظاهر بنفسه – الأصل- يقدّم على الظاهر بغيره – العرف والغالب- عند الشافعية[٢].

٢ – من المعهود شرعًا أن رادّ الوديعة لا يحتاج لإقامة بينة[٣] ،لكن إذا كان طالب الوديعة قد سلمها بالإشهاد؛ لأنه لم يأتمن المودع عنده لمّا أشهد عليه فالقول قول صاحب الوديعة مع يمينه، وإن كان طالبًا؛ لأن ظاهر حال المودع عنده أنه لا يدفع ما أسلم إليه ببينة بالإشهاد؛ ليبرأ منها، والأصل عدم الدفع، فاجتمع الأصل والغالب على تصديق صاحب الوديعة دون القابض لها[٤].

٣- ذكر القرافي إجماع الأمة على أن :"الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين،بل أبو بكر الصديق أو عمر بن الخطاب لو ادعى على أفسق الناس وأدناهم درهماً لا يصدق

---

[١] البجيرمي : حاشية البجيرمي علي الخطيب (٣٧٦/٥).

[٢] ابن فرحون، تبصرة الحكام ١ /٣١٦

[٣] البجيرمي على الخطيب ٥ / ٣٧٦

[٤] ابن فرحون، تبصرة الحكام ١ /٣٢٠

فيه ،وعليه البينة ، وهو مدع والمطلوب مدعى عليه، والقول قوله مع يمينه، وعكسه لو ادعى الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك، وبهذا يحتج الشافعي علينا، ويجيب عما تقدم ذكره بذلك،وكما أن هذه الصور حجة الشافعي فهي تقض على قولنا(المالكية): المدعي من خالف قوله أصلاً أو عرفًا ، والمدعى عليه من وافق قوله أصلاً أو عرفًا، فإن العرف في هذه الصور شاهد وكذلك الظاهر،وقد ألغيا إجماعًا، فكان ذلك مبطلاً للحدود المتقدمة، ونقضًا على المذهب فتأمل ذلك".

ويقول : " أجمعت الأمة على اعتبار الأصل، وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه،فالقول قول المدعي عليه، وإن كان الطالب أصلح الناس وأتقاهم لله تعالى، ومن الغالب عليه أن لا يدعي إلا ما له. فهذا الغالب ملغى إجماعًا ونفق الناس على تقديم الغالب، وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه، وألغي الأصل هنا إجماعًا، عكس الأوَّل[1].

٤- يخالف الشافعية المالكية في قول المرأة في الإصابة إذا خلا بها الزوج خلوة صحيحة، فعند المالكية يحكم عليه بالصداق، وإن كان منكرا للوط ء؛ لأنَّ الخلوة بها يشهد العرف والعادة – الظاهر بغيره عند الشافعية – أنَّ الرجل لايفارق المرأة حتى يصل إليها.

والأصح عند الشافعية تصديق المنكر؛لأنَّ الأصل عدم الاصابة ، ولذلك قدم الظاهر بنفسه(الأصل)،وهوعدم الإصابةعلى الظاهر بغيره(العرف)،وهو الاصابة، والرجل هو المصدق[2].

---

[1] القرافي: الفروق ٧ / ٢٨٨

[2] الزحيلي ،محمد:وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٦٦١

٥-وإذا ادعى المديون الإعسار ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، إذ أن الأصل هو العدم والفقر، ولكن الغالب الملاءة.

فعند الشافعية يُقَدَّم الأصل على الغالب، ويرجَّح قول المديون بالإعسار فهو مدعى عليه.

وعند المالكية يقدم الغالب على الأصل،ويعتبر مدعي الإعسار مدعيًا، وعليه البينة[١].

أما إذا تعارض ظاهران في قوة واحدة، كأن يكونا مستفادين من أصل واحد أو من أصلين في قوة واحدة، كان كل من الطرفين مدعيًا مكلفًا بالبينة، فقد جاء في كتاب الأم ما نصُّه: "إذا ادعى رجل على رجل أنه أكراه بيتًا من دار شهرًا بعشرة، وادعى المكتري أنه اكترى الدار كلها ذلك الشهر بعشرة، فكل واحد منهما مدعٍ على صاحبه، وعلى كل واحد منهما البينة"[٢].

المطلب الثالث: مناقشة أصحاب هذا الاتجاه

أرى أن هذه القواعد والضوابط والتعريفات التي نص عليها الفقهاء؛ للتمييز بين المدعي والمدعى عليه، ليست جامعة ولا مانعة،وإنما يمكن اعتبارُها علاماتٍ تعين القاضي، وتساعده من

[١] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٦٦٩

[٢] الشافعي، محمد بن إدريس ، أبو عبد الله: الأم،(بيروت: دار المعرفة – ط٢ – ١٣٩٣) ٦ / ٢٢٩

أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه؛ليختار بعضها دون بعض، وذلك حسب الدعوى وملابساتها،وحالة الأطراف، وموضوع النزاع.

وأرى أن تعريف المالكية يلتقي مع تعريف الشافعية،وأرى ترجيح الأخير؛ لأنَّه أكثرُ اطِّرادًا من غيره.

والمدعي هو من يدعي خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، والظاهر هو الواضح والبين بنفسه أو بغيره .

ولما كان المدعي يريد تغيير الواقع المستقر وهو الظاهر سواء أكان ظاهرا بنفسه مستفادا من الأصول، أو ظاهرا بغيره من العرف والعادة والغالب،لزمته البينة والحجة القوية لذلك.

والظاهر هو الواضح البين وهو المعيار في التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وإن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر .

وإن تعريف الشافعية للمدعي والمدعى عليه هو أقرب للحق، وتحقيق العدل، وأضبط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه.

أما أنه يحقق العدل ، فمن المعلوم أن للسان وللبيان سحرًا، وقد يستطيع المبطل بلسانه إذا كان ألحن بحجته من خصمه، أن يقتطع ما ليس له ظلمًا، وقد جاء في الحديث الصحيح عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (إنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم يكون

ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قطعت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار)[1].

وقد تهون هذه القطعة من النار في عين الفاجر، فيأخذ بعذوبة لسانه، وقوة بيانه ما ليس له حرامًا وظلمًا لأخيه .

ولذلك أرى من الأفضل عدم الاعتماد على صيغة الدعوى والألفاظ والمباني دون النظر الى المعاني لتمييز المدعي من المدعى عليه، وانما الاعتماد على أصل أو عرف نميز به قوة المتداعيين فمن كان جانبه أقوى فهو المدعى عليه ومن كان جانبه أضعف فهو المدعي.

ويظهر مما تقدم أن الشقة ليست بعيدة بين المعيار الذي قال به المالكية من أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وبين المعيار الذي قال به الشافعية، بل إنهما يكادان يتشابهان، والخلاف بينهما ينحصر في التطبيق، وذلك عندما يتعارض أمران من أمور الظاهر، فالشافعية يرون الأصل أقوى منابع الظهور غالبًا، والمالكية يرون أن دلائل الحال من عرفٍ وقرائنَ أقْوَى من ذلك، وكل منهما قدم الأقوى في نظره وجعل مخالفه مدعيًا، وعليه البينة.

ومما يرجح تعريف الشافعية على غيره، أن القرافي انتصر للشافعية على مذهبه المالكي في مسألة الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة، والشأن في العلم والدين،بل أبو بكر الصديق أو عمر بن الخطاب لو ادعى على أفسق الناس وأدناهم درهماً لا يصدق فيه ،وعليه البينة ، وهو مدع،والمطلوب مدعى عليه، والقول قوله مع يمينه، وقد أجمعت الأمةعلى ذلك.

[1] رواه البخاري في صحيحه برقم ٧١٦٩

وعكسه لو ادعى الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك . ثم قال: وبهذا يحتج الشافعي علينا، وكما أن هذه الصور حجة الشافعي فهي تقض على قولنا - أي (المالكية)-.

الفصل الثالث: من الآثار المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه في القضاء الإسلاميِّ

المبحث الأوَّل: الحضور

المطلب الأول: دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

المطلب الثاني: دعوة القاضي للمدعى عليه

المبحث الثاني: الإثبات

المطلب الأول: أهميَّة الإثبات

المطلب الثاني: شروط الإثبات

المبحث الثالث: الحكم بالنكول

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم على القضاء بالنكول

المطلب الثاني: حقيقة النكول عند القائلين به في القضاء ،والحالات التي يجوز فيها

المبحث الرابع: الحكم باليمين المردودة

المطلب الأول : أقوال الفقهاء وأدلتهم على القضاء باليمين المردودة

المطلب الثاني: حقيقة اليمين المردودة والحالات التي يجوز فيها رد اليمين

المبحث الخامس: ترك الخصومة

المطلب الأول: التنازل عن الدعوى في الفقه الإسلاميِّ

المطلب الثاني: تخلف أحد شروط الدعوى

المبحث السادس: الغياب

المطلب الأول: المقصود بالغياب

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب

تمهيد

يترتب على التمييز بين المدعي والمدعى عليه عدة آثار منها

أوَّلا:

الحضور، إذ يجب على الخصم إذا دعي للتحاكم إلى شرع الله الاستجابة، وعدم التأخر، ممتثلاً قولَ الله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴾[1]**، ومن المعلوم ـ أيضا ـ أن المدعى عليه يجبر على السير في المحاكمة بخلاف المدعي فلا بد من حضوره في الاصل .**

ثانيا :

معرفة من يكلف عبء الإثبات أي الحجة القوية وهي البينة ، ومن يكتفى منه بالحجة الضعيفة وهي اليمين، تطبيقا لحديث النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (البيِّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه)[2] .

ثالثا:

---

[1] سورة النور من الآية٤٧ – ٥٠

[2]رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ١٧٠٦٥ ، وهو في البخاري بلفظ آخر برقم (٢٥١٤)

الحكم بالنكول[1] ، وذلك عندما لا يكون للمدعي بينة على دعواه، وتوجهت اليمين على المدعى عليه،فيمتنع المدعى عليه، إذ لا يستطيع القاضي توجيه اليمين لاحدهما إلا إذا عرف صاحبها،وهو المدعى عليه.

رابعا:

الغياب،حيث يحكم على المدعى عليه غيابيا إذا رفض الحضور بعد التبليغ، ولم يكن له عذر مقبول، وأما اذا غاب المدعي بغير عذر فتشطب الدعوى وتستبعد من جدول القضايا.

خامسا:

ترك الخصومة،إذ يحق للمدعي ترك دعواه، إذا رأى أنه تعجل في اقامتها قبل إكتمال البيانات،وذلك بشروط اذكرها في محلها من البحث ـ إن شاء الله ـ .

---

[1] النكول :النكوص ، والاحجام

المبحث الاول: الحضور

تقدم أن المدعي هو من إذا تارك الخصومة ترك ، وأن المدعى عليه إذا تاركها لا يترك.

فلزم من ذلك معرفة من هوالمدعي ومن هو المدعى عليه لاختلاف حكمهما ، ولم يختلف العلماء في معرفة ما لكل واحد منهما من أحكام ، وأن البينة على المدعي ، وأن اليمين على المدعى عليه ،وأن المدعي له أن يترك الخصومة متى شاء إذا لم يبد المدعى عليه دفعا يجبره على الاستمرار،وأن المدعى عليه يجبر على الخصومة الى نهايتها.

ولا يَحسُن التمييز بين المدعي والمدعى عليه إلا إذا حضرا مجلس الحكم ، فقد يأتي المدعي صورة وهو مدعى عليه حقيقة ، قال القرافي :ليس كل طالب مدعيا ، وليس كل مطلوب منه مدعى عليه[1].

فقد ينشىء الدعوى المدعى عليه حقيقة، وإن كان مدعيا شكلا. وأضرب لذلك مثالا:

فقد روي أن رجلا فقئت عينه جاء شاكيا الى عمر رضي الله عنه ، فقال له عمر ، تحضر خصمك،فقال له : يا أمير المؤمنين ، أما بك من الغضب إلا ما أرى ، فقال له عمر : فلعلك فقأت

---

[1] القرافي :الفروق ٧ / ٢٨٦

عيني خصمك معاً ، فحضر خصمه وقد فقئت عيناه معاً ، فقال رضي الله عنه : إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء "[1].

ولذلك لابد من حضور طرفي الدعوى مجلس الحكم ليعرف من المدعي حقيقة لا صورة.

والفقهاء متفقون على أن الاصل حضور طرفي الدعوى مجلس الحكم وأن من دعي للتحاكم إلى شرع الله عليه الاستجابة وعدم التأخر ممتثلا قول الله تعالى:

﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٥٠﴾ إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ أَن يَقُولُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ﴿٥١﴾ ﴾ [2]

ومن المعلوم أيضا أن المدعى عليه يجبر على السير في المحاكمة بخلاف المدعي فلا بد من حضوره في الاصل.

ومن ثم يجبرعلى في السير في المحاكمة وحضورها استجابة للمدعي إذا دعاه للتحاكم الى شرع الله، ولا سيما إذا دعا ه الحاكم الى مجلس الحكم فإن حضوره سيكون أوجب.

---

[1] ابن حزم: المحلى ١٠ /٢٤٢

[2] سورة النور ٤٨ – ٥١

وإذا أراد المدعي المطالبة بحقه فعليه أن يسلك أحد مسلكين .

إما أن يتوجه الى المدعى عليه يطلب منه الحضور معه الى مجلس القاضي.

وإما أن يذهب مباشرة الى مجلس القاضي يطلب منه احضار خصمه المدعى عليه من أجل مقاضاته،فان استجاب فبها ،وان لم يستجب فقد رتب الفقهاء أحكاما على ذلك.

وابين ذلك في مطلبين:

المطلب الاول:دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

المطلب الثاني:دعوة القاضي للمدعى عليه

المطلب الأول: دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

ينبغي على المدعي إذا أراد إحضار خصمه إلى مجلس القضاء من أجل مخاصمته أن يدعوه بأرفق الوجوه،وأجمل الأقوال ؛ لأنَّه يدعوه الى حكم الله ودينه[1].

والأصل أنه يجب على المدعى عليه الإجابة إلى ذلك ،وعدم التأخر[2] لقول الله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٥٠﴾ إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ أَن يَقُولُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ﴿٥١﴾ ﴾[3].

في هذه الآيات دليل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم؛ لأن الله سبحانه ذمَّ من دعى إلى رسوله؛ ليحكم بينه وبين خصمه بأقبح الذم فقال:" ﴿ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ ﴾ **" الآية. قال ابن خويز**

---

[1] ياسين :نظرية الدعوى ص ٤٩

[2] ابن فرحون :تبصرة الحكام ٢ /٤٨٣

[3] سورة النور٤٨ ،٤٩ ،٥٠ ،٥١

منداد[1]: واجب على كل من دعى إلى مجلس الحاكم أن يجيب، ما لم يعلم أن الحاكم فاسق، أو عداوة بين المدعى والمدعى عليه[2].

وقال المازري من علماء المالكية في الآية دليل على أن من دعي الى حاكم فعليه الاجابة،ويحرج إن تأخر، أي يأثم[3]؛ وذلك لأنَّ حضور الخصم أبلغ في العذر، وأقطع في الحجة،وأنفى للتهمة، فبه تقرر الحقائق وتنكشف الخفايا.

وقد ذكر الفقهاء مسقطات لوجوب الحضور منها :

١- المرض الذي لايستطيع المطلوب الحضور بنفسه إلى مجلس القضاء[4]،قال الله تعالى: ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ ﴾ [5].

---

[1] ويقال خوين منداد. وكنيته أبو عبدالله . وفي نسبته: محمد بن أحمد بن علي بن إسحاق..له كتاب كبير في الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وفي أحكام القرآن، وعنده شواذ عن مالك. وله اختيارات وتأويلات على المذهب في الفقه، والأصول، لم يرجع عليها حذاق المذهب. كقوله في بعض ما خالفه فيه من الأصول: إن العبيد لا يدخلون في خطاب الأحرار يوجب العلم. وفي بعض مسائل الفقه حكايته عن المذهب: إن التيمم يرفع الحدث. وإنه لا يعتق على الرجل سوى الآباء والأبناء .انظر: ترتيب المدارك وتقريب المسالك للقاضي عياض ١/ ٤٠٩ .

[2] الكياالهراسى أبو الحسن على بن محمد: أحكام القرآن ، تحقيق : موسى محمد على ـ عزت عبده عطية(بيروت: دارلكتب العلمية ط ١٤٠٥ هـ) ٢ / ٢٨٢

[3] ابن فرحون :تبصرة الحكام ٢ /٤٨٣

[4] الزحيلي ،محمد:وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٥٠٠

[5] سور ة الفتح ١٧

٢- المرأة المخدرة – أي غير البرزة ،التي لاتخرج لقضاء حوائجها من أجل حيائها-؛لأن الحياء فيها قد يحصرهاعن الإدلاء بحججها فيضيع حقها ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : (واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)[1].فلم يكلفها الحضور ، وإنما بعث إليها رسولا[2].

٣ – الجنون، وزوال العقل بالإغماء وغيره،لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)[3].

وأما لو دعاه خصمه إلى القاضي، ولم يكن عليه حق لم تلزمه الإجابة، ولم يحرم عليه الامتناع عن المثول مع خصمه إلى مجلس القاضي[4].

وفي حالة كان عليه حق لا يتوقف القيام به على حكم الحاكم فعندئذ يجب عليه أداء الواجب إن كان قادرا عليه، ولاتحل المماطلة به إلا بعذر مقبول ، ولا يحل له أن يقول لخصمه: لا أدفعه لك الا بالحكم، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :(مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ)[5] .

ثم إذا كان الواجب عليه إيفاء الحق لصاحبه ،فليس هو مخيرا بين أن يفعل ذلك ، وبين أن يحضر معه مجلس الحكم ، وإنما يجب عليه إيفاء الحق إن كان واجدا ،غير أنَّه إذا كان معسرا

[1] رواه البخاري برقم ٢٣١٤

[2] الأنصاري، زكريا: أسنى المطالب ٤ /٣٢٧

[3] رواه أبو داود في سننه برقم ٤٤٠٣ وصححه الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته برقم ٥٨٢٥

[4] القرافي :الفروق ٧ / ٣٢٨

[5] رواه البخاري في صحيحه برقم ٢٢٨٨

لم يجب عليه الإيفاء ولا المثول إلى مجلس الحكم، بل يحرم على خصمه أن يطالبه إذا كان يعلم عسرته [1].

وأما اذا كان يعلم أن لخصمه عليه حقا ، ولكن القيام به يتوقف على حكم الحاكم ،فتجب عليه إجابة خصمه ، كما لو دعي من أجل تقرير نفقة قريب ، وأما لو دعي من أجل تقرير نفقة زوجة كان مخيرا بين إبانتها، وبين الإجابة[2].

وإن دعاه ، وعلم أنه يحكم عليه بجور وظلم لم تجب الإجابة ، بل تحرم إذا كان الأمر متعلقا في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية[3].

المطلب الثاني: دعوة القاضي للمدعى عليه

إذا كان حضور الخصم إلى مجلس القاضي بناء على دعوة المدعي واجبا ، فإن حضوره أوجب فيما لو كانت الدعوة من القاضي؛ لأنَّه – الحاكم – وهو الممثل للشارع في تطبيق أحكامه . قال الله ـ

[1] القرافي :الفروق ٧ / ٣٢٨

[2] ابن فرحون :تبصرة الحكام ٢ / ٤٩٤

[3] القرافي :الفروق ٧ / ٣٢٨

عز وجل ـ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ٥٩ ﴾[1].

وكما أن الحضور إلى مجلس الحكم بطلب القاضي واجب ديني ،فهو في الوقت نفسه واجب دنيويٌّ يترتب على التخلف عنه جزاءات دنيوية ، كتعزير المتخلف ، وجواز الحكم عليه غيابيا عند جمهور الفقهاء وذلك على النحو الآتي:

أما الحنفية فقالوا: ينظر إن كان المدعى عليه قريبا من مجاس القضاء بحيث لو أحضره القاضي أمكنه أن يرجع إلى منزله في اليوم نفسه، فيبيت فيه، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يحضره بمجرد الدعوى ، إذ لا يتم انصاف المظلومين إلا بذلك [2].

أما إن كان بعيدا عن مجلس القضاء بحيث لو أحضره لما أمكنه أن يرجع إلى منزله فيبيت.

---

[1] سورة النساء ٥٩.جاء في تفسير القرطبي: فأمر بطاعته عز وجل أولا، وهي امتثال أوامره واجتناب نواهيه، ثم بطاعة رسوله ثانيا فيما أمر به ونهى عنه، ثم بطاعة الأمراء ثالثا، على قول الجمهور وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم. قال سهل بن عبد الله التستري: أطيعوا السلطان في سبعة: ضرب الدراهم والدنانير، والمكاييل والأوزان، والأحكام والحج والجمعة والعيدين والجهاد. قال سهل: وإذا نهى السلطان العالم أن يفتي فليس له أن يفتي، فإن أفتى فهو عاص وإن كان أميرا جائرا. وقال ابن خويز منداد: وأما طاعة السلطان فتجب فيما كان لله فيه طاعة، ولا تجب فيما كان لله فيه معصية، ولذلك قلنا: إن ولاة زماننا لا تجوز طاعتهم ولا معاونتهم ولا تعظيمهم، ويجب الغزو معهم متى غزوا، والحكم من قبلهم، وتولية الامامة والحسبة، وإقامة ذلك على وجه الشريعة. وإن صلوا بنا وكانوا فسقة من جهة المعاصي جازت الصلاة معهم، وإن كانوا مبتدعة لم تجز الصلاة معهم إلا أن يخافوا فيصلي معهم تقية وتعاد الصلاة. قلت: روي عن علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: حق على الإمام أن يحكم بالعدل، ويؤدي الأمانة، فإذا فعل ذلك وجب على المسلمين أن يطيعوه. انظر: القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٥ /٢٥٩ .

[2] ابن نجيم: البحر الرائق ١٩ / ٢٢٣ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٩

ففي هذه الحالة لايجب على القاضي إحضاره ، بل لا يجوز له ذلك بمجرد الدعوى؛ لأنَّ حضور مجلس القضاء يزري ببعض الناس، وقد لا يكون للمدعي غرض من دعواه إلا أذية خصمه .

و قيل يأمره بإقامة البينة على موافقة دعواه لإحضار خصمه ، فإذا أقام يأمر إنسانا ليحضر خصمه.

وقيل يحلفه القاضي، فإن نكل المدعي أقامه عن مجلسه، وإن حلف يأمر بإحضاره-أي المدعى عليه[١] قال قاضيخان[٢]: فإذا أقام البينة قبلت بينته للإشخاص لا للقضاء، أي بل لإحضاره فإذا حضر أعاد البينة ثانيا فإن عدلت قضى عليه .

قال الشلبي:[٣] وعمل قضاة زماننا على خلاف ما تقدم، فإذا أتى لهم شخص فقال : لي دعوى على شخص يأمرون بإحضاره من غير أن يستفسروا المدعي عن دعواه؛ ليعلموا صحتها من فسادها وهذا منهم غفلة[٤].

---

[١] ابن نجيم: البحر الرائق ١٩ / ٢٢٣ ، وابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٩

[٢] هو: حسن بن منصور بن أبي القاسم محمود بن عبد العزيز، فخر الدين، المعروف بقاضي خان الاوزجندي الفرغاني(٠٠٠ - ٥٩٢ هـ = ٠٠٠ - ١١٩٦ م): فقيه حنفي، من كبارهم. له (الفتاوي - ط) ثلاثة أجزاء، و (الامالي - خ)و (الواقعات) و (المحاضر) و (شرح الزيادات - خ) و (شرح الجامع الصغير - خ) منه جزآن، و (شرح أدب القضاء للخصاف) وغير ذلك. والاوزجندي نسبة إلى أوزجند (بنواحي أصبهان، قرب فرغانة) انظر :الزركلي: الأعلام ١ /٢٧٦.

[٣] هو: أحمد بن محمد بن شيخ الإسلام أحمد بن يونس السعودي(٠٠٠ - ١٠٢١ م = - ١٦١٢ م): فقيه حنفي مصري. له (إتحاف الرواة بمسلسل الرواة - خ) رسالة، و (درر الفوائد - خ) في النحو، و (مجمع الفتاوي - خ) في البصرة، و (مناسك الحج). انظر :الزركلي: الأعلام ١ /٢٣٦

[٤] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٩

أما المالكية فقد فرَّقوا بين القريب والبعيد ، وحد البعد عندهم مسيرة ثلاثة أيام[١].

وينبغي على القاضي أن يأمر بإحضار القريب بمجرد الدعوى ، وإذا قدّم المدعي ما يستوجب احضارالمدعى عليه فأبى المدعى عليه احضره القاضي قهرا[٢]،على أنه لا يأمر بإحضاره إلا إذا قدم المدعي وجها يستوجب ذلك.

وأما إذا كان المطلوب بعيدا عن مجلس القضاء ،فإنه لا يجب على القاضي إحضاره[٣].

وقد أجازوا القضاء على الغائب البعيد إذا كان مع المدعي بينة ، فإن لم يكن معه بينة، فقد جعلوا للقاضي الذي رفعت إليه الدعوى أن يكتب إلى قاضي المدعى عليه ، ويطلب منه استجوابه،ويسجل ما يبديه من حجج ثم يرسلها إليه ، ثم ينظر في الدعوى في ضوء ما يصله من قاضي المدعى عليه .

وذهب كثير منهم إلى أنه إذا كان مع المدعي شاهد بدعواه كتب القاضي إلى المدعى عليه إما أن تحضر أو ترضي خصمك[٤].قال الشيخ عليش من علماء المالكية : الغائب ثلاثة أقسام : الأول، قريب الغيبة على مسافة ثلاثة أيام فأقل مع أمن الطريق، وحكمه أن القاضي يسمع عليه الدعوى في كل شيء ، والبينة وتزكيتها ثم يكتب إليه ذلك، ويعذر إليه، فإما أن يقدم وإما أن يوكل ،فإن لم

---

[١] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٦ / ٥٥

[٢] ابن جزي : القوانين الفقهية ص ٣٢٠

[٣] ابن جزي : القوانين الفقهية ص ٣٢٠

[٤] القرافي: الفروق ٧ / ٣٣١

يفعل حكم عليه ببيع عقارَه وعرَضَه وأخذ نقده في الدَّين، وباستحقاق العقار والعرَض وبالطلاق والعتق وجميع الحقوق ، وإذا قدم فلا حجة له في شيء من ذلك .

والثاني : متوسط الغيبة على مسافة عشرة أيام ونحوها، مع أمن الطريق أيضا وحكمه كالأول إلا في استحقاق العقار والكتب إليه .

والثالث : بعيد الغيبة على مسافة أربعة أشهر، وحكمه كالأول - أيضا - إلا أنه لا يكتب إليه، وإذا قدم فهو على حجته . أما إن كانت الطريق مخوفة فحكمه وإن قربت غيبته ، كحكم من بعدت غيبته والبحر كالبر[1].

أما الشافعية ، فالأصل عندهم أنه يجب إحضار الخصم الحاضر في البلد ، أو من كان قريبا من مجلس الحكم ، بحيث يستطيع الحضور إليه، والرجوع إلى بلده في اليوم نفسه .ولا يحضره إلا إذا كان بمسافة العدوى فأقل وهي التي: إذا خرج إليها المبكر رجع إلى موضعه قبل الليل[2].

وسميت مسافة العدوى ؛ لأن القاضي يعدي لمن طلب خصما منها لإحضار خصمه – أي يقويه أو يعينه [3].

---

[1] عليش، محمد: فتح العلي المالك ٥ / ١٠٩

[2](١)الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٦ / ٣٤٠

[3] المصدر نفسه

أما اذا علم كذب المدعي ،أو في حالة كانت دعواه مستحيلة عادة أو عقلا فلا يحضر المدعى عليه [1].

وأجاز الشافعية القضاء على الغائب إذا كان مع المدعي بينة مقبولة .

قال الماوردي : وأما سماع الدعوى على الغائب فإن لم تقترن بها بينة لم تسمع ؛ لأن سماعها غير مفيد وإن اقترن بها بينة سمعت – الدعوى– وسمعت البينة عليها ، وهذا متفق عليه في جواز الدعوى والبينة على الغائب [2].

وأما القضاء على الغائب بعد سماع البينة عليه فلا تخلو غيبته من ثلاثة أحوال :

الأولى،أن يكون غائبا عن الحكم حاضرا في مجلسه، فلا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره، وإمضاء الحكم عليه بعد إعلامه ، وهذا متفق عليه.

والحال الثانية : أن يكون غائبا عن بلد الحكم، فعندها يجوز القضاء عليه مع غيبته في عموم الأحكام،فيما ينقل ولا ينقل ، سواء أتعلقت بحاضر أم لم تتعلق بحاضر، كما يجوز أن يحكم على الميت، وعلى من لا يجيب عن نفسه، كالصبي والمجنون.

والحال الثالثة : أن يكون غائبا عن مجلس الحكم ، وحاضرا في بلده ،فالظاهر من مذهب

---

[1] ابن حجر الهيثمي،أحمد :تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي ١٠ / ١٨٦

[2] الماوردي:الحاوي في الفقه الشافعي ١٦ / ٥٩١

الشافعي أنه لا يجوز القضاء عليه إلا بعد حضوره للقدرة عليه في الحال [1].

أما الحنبلية فقالوا: يجب إحضار القريب بمجرد الدعوى ، ولا يطلب من المدعي تفصيل مطالبه ، ولا ذكر الشروط المصححة للدعوى ؛ لأنَّ ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس القضاء.

ويحضره القاضي مهما كان حقيرا أو شريفا ، وسواء أكان بينه وبين المدعي معاملة أم لا، فإنَّه لا نقيصة فيه وقد حضر عمر وأُبيّ عند زيد بن ثابت، وحضر عمر وآخر عند شريح،وحضر علي عند شريح، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله[2] .

ولكن يجب على القاضي في القريب أن يستفسر عن بعض شروط الدعوى ، فيسأل مثلا عن المدعى به؛ ليعلم إن كان تافها لا تتبعه الهمة، أو غير تافه، فاذا كان تافها لا تتبعه الهمة لم يجب احضار الخصم؛ ولو كان في البلد قريبا منه؛ لأن ضرر فوات الحق في مثل هذه الحالة أخف من ضرر حضور الخصوم مجلس القضاء [3].

أما في حالة كان الخصم البعيد في ولايته وكان له في بلد الخصم المطلوب خليفة ينوب عنه في القضاء، ففي هذه الحالة، إن كانت للمدعي بينة سمعها وأثبتها، وكتب بها الى خليفته فيحكم بينهما بحسبها.وإن لم تكن له

[1] الماوردي:الحاوي في الفقه الشافعي ١٦ /٥٩٢

[2] ابن قدامة : المغني ١١ / ٤١١

[3] البهوتي : كشاف القناع ٦ / ٤١٤

بينة حاضرة أمره بمقاضاة خصمه عند خليفته[1].

وأما إذا كان المستعدى عليه في ولاية القاضي ، وكان بعيدا عن البلد ، ولم يكن في بلده نائب عن القاضي، ففي هذه الحالة يطلب من المدعي أن يحرر دعواه، ويفصلها، ويذكر جميع شروطها،فإن كانت مستوفية جميع الشروط المتعلقة بالمدعي والمدعى عليه، والحق المدعى به ، أمر القاضي باحضار الخصم مهما كان بعيدا.

أما البعيد الذي خارج ولاية القاضي لم يكن للقاضي أن يعدي عليه، ولا يجب عليه احضاره من طريق أولى[2] .

وأجازالحنبلية القضاء على الغائب البعيد. قال ابن قدامة: ويحكم على الغائب ، إذا صح الحق عليه وجملته أن من ادعى حقا على غائب في بلد آخر ، وطلب من الحاكم سماع البينة،والحكم بها عليه ، فعلى الحاكم إجابته ، إذا كملت الشرائط[3].

ولذلك فإن المدعي على الغائب البعيد يستطيع أن يطلب الحكم على خصمه مع غيابه ، ولا يطلب إحضاره، إلا أنه يشترط في هذه الحالة أن يكون معه بينة بما يدعيه ، فإن لم يكن معه بينة لم ينظر في دعواه .

---

[1] ابن قدامة : المغني ١١ / ٤١١

[2] المصدر نفسه

[3] المصدر نفسه١١ / ٤٨٦

أما لو امتنع المطلوب عن الامتثال لدعوة الحاكم، فللحاكم أن يتخذ الإجراءات[1] المناسبة لإحضاره.

جاء في تبصرة الحكام:

(وفي الطرر لابن عات[2] قال الشعباني[3] : من ادعى على غيره دعوى فدعاه إلى القاضي فامتنع، ختم له خاتما من طين ، فإن لم يأت بعث معه بعض أعوانه؛ ليدعوه إليه ، فإن امتنع وتوارى عنه سئل الخصم عن دعواه، فإن ادعى شيئا معلوما، وأثبت عليه بينة مرضِية حكم عليه بذلك ، إن كان للمدعى عليه مال ظاهر ،فإن لم يكن له مال ظاهر، وثبت بالبينة أنه في منزله ، فمن الناس من يقول يبعث إليه رسولا ثقة مع شاهدين ينادي على بابه ثلاثا يا فلان ، القاضي فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان ، وإلا نصب لك وكيلا ويسمع من شهود المدعي، ويمضي الحكومة عليك ، فإن لم يحضر وثبت عند القاضي أنها دار سكناه ، وأنه تغيب فيها ، وأن الرسول دعاه ، فإنه يأمر بطبع الدار وتسميرها بعد أن تفتش ، فإن خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه وتغيبه .

[1] انظر تفصيل هذا في كتاب نظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين ص٥١٠

[2]هو هارون بن أحمد بن جعفر بن عات، أبو محمد النقري الشاطبي(٥١٢ - ٥٨٢ هـ = ١١١٨ - ١١٨٦ م): قاض،من فقهاء المالكية. استقضي بشاطبة وحمدت سيرته، له تآليف منها " الطرر الموضوعة على الوثائق المجموعة. انظر: الأعلام للزركلي ٨ / ٥٩

[3]هو محمد بن القاسم بن شعبان، أبو إسحاق، ابن القرطبي، ويقال له ابن شعبان، من نسل عمار بن ياسر(٢٧٠ ؟ - ٣٥٥ هـ = ٨٨٣ - ٩٦٦ م): رأس الفقهاء المالكيين بمصر في وقته، مع التفنن في التاريخ والأدب. كان كثير الذم لبني عبيد (الفاطميين) ويدعو الله أن يميته قبل دخولهم مصر.. وكانت وفاته وقت دخول الفاطميين إلى مصر، عن نيف وثمانين سنة. له تآليف، منها (الزاهي الشعباني) في الفقه، و (أحكام القرآن) و (مناقب مالك) و (شيوخ مالك) و (الرواة عن مالك) و (المناسك) . الأعلام للزركلي ٦ /٣٣٥

وقال بعضهم : إن امتنع المطلوب في موضع ، أمر السلطان بتثقيف ذلك الموضع إذا لم يوصل إليه ، وضيق عليه حتى يخرج ، فإذا خرج أخذ منه الحق وعاقبه على امتناعه ، وإن طال أمره وأضر ذلك بصاحب الحق ، أمر بالدخول عليه بهدم أو غيره ؛ لأنه معاند السلطان ، ولم يتعرض لماله إلا بحق ، وإن لم يمتنع الدخول عليه إلا أنه مختف في الموضع الذي هو فيه ، أمر السلطان من يثق به من أهل الصلاح بعزل النساء إلى ناحية من الموضع الذي هو فيه ، ويفتش الموضع الذي يطمع به فيه؛ حتى يفتش جميع المواضع ، فإن أعيا السلطان أمره ولم يجده سمع من الطالب ومن بينته،وقضى لصاحب الحق عليه ، ولم ترج له حجة عقوبة له .

وإن كان الذي عليه الحق امرأة ، أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها ، فإن أخرجتها عرضت على من يعرفها ، ويعرف عينها ، ويثبت عند القاضي أنها هي المقرة المشهود عليها بجميع ما ذكر عنها وقضى عليها .

ومنهم من يرى أن يهجم عليه ، ومنهم من يرى أن يرسل القاضي عدلين مع جماعة من الخدم والنسوان ومعهم الأعوان ، فيكون الأعوان بالباب وحول الدار ، ثم يدخل النساء ثم الخدم ،وتعزل حرم المطلوب فيجعلون في بيت ، ثم تفتش الدار ثم يدخل النساء إلى منزل الحرم فيفتشنه ، ويكون ذلك كله بغتة بغير إذنه؛ لئلا يصرن النساء في الدار، ثم يدخل الخدم في إثرهن)[1].

---

[1] ابن فرحون : تبصرة الحكام ٢ / ٤٨٤

المبحث الثاني: الإثبات

إن القاء عبء الاثبات على أحد الخصمين يؤثر في إجراءات الدعوى وفي نتيجتها. فالبينة تقع على كاهل المدعي لإنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة من الحقوق. ولذلك يترتب على التمييزبين المدعي من المدعى عليه معرفة من يكلف بعبء الاثبات وهو (البينة) ،ممن يكلف بالعبء الاخف،وهو(اليمين)

المطلب الأول: أهمية الإثبات

المطلب الثاني: شروط الإثبات

المطلب الأول: أهمية الإثبات:

والإثبات في اللغة :إقامة الثبت وهو الحجة[1].

ويطلق في الاصطلاح، ويراد به معناه العام ، وهو إقامة الحجة مطلقا سواء أكان على حق أم واقعة، وسواء أكان أمام القاضي أم أمام غيره.

وقد يطلق الإثبات، ويراد به معناه الخاص، وهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة[2]، وهذا المعنى الخاص هو المقصود في بحثي هذا.

وقد جاءت الشريعة؛ لتقر الحقوق بجميع انواعها ،وترسم الطريق في كيفية استعمالها وأساليب ممارستها.

وكثيرا ما يحاول الإنسان الإضرار بأخيه الإنسان ، بأخذ ماله، وهتك عرضه،فتثور الخصومات والنزاعات بل والعداوات .

---

[1] وتقول ـ أَيضاً ـ لا أَحْكُم بكذا إِلا بثَبَتٍ أَي بحُجَّة ،وفي حديث صوم يوم الشك، ثم جاءَ الثَّبَتُ أَنه من رمضان الثَّبَتُ بالتحريك الحجة والبينة ، وفي حديث قتادة بن النُّعْمان بغير بَيِّنَة ولا ثَبَتٍ .انظر:ابن منظور ،لسان العرب ٢ /١٩

[2] الزحيلي ،محمد:وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٢٣

ومن هنا جاء دور الشريعة الغراء في حفظ الحقوق ، واقامة العدل ؛ ذلك أن الله يأمر بالعدل والإحسان[1].

وغالبا ما يكون الإثبات هو المعيار في تمييز الحق من الباطل، وهو الحاجز أمام الدعاوى الباطلة والكاذبة،إذ لو يعطى الناس بدعواهم من غير إثبات لوقع البغي والحيف والظلم، جاء عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال:

(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)[2]وفي رواية البيهقي (لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ)[3]؛ولذلك لابد من الإثبات عند الادعاء، والا تطاول الناس على الأموال والأعراض والأنفس.

عن الاشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل أرض باليمن فخاصمته إلى النبى –صلى الله عليه وسلم– فقال (هل لك بينة). فقلت لا. قال (فيمينه). قلت إذًا يحلف. فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– عند ذلك (من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر

[1] ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٩٠ ﴾ النحل: ٩٠

[2] رواه مسلم في صحيحه برقم ١٧١١

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم٢٠٩٩٠. وصححه الألباني في مختصر إرواء الغليل برقم ٢٦٦١

لقى الله وهو عليه غضبان)[1].فنزلت ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيۡهِمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴿٧٧﴾ ﴾[2].

فكل ادعاء بحاجة إلى دليل وبرهان، وقد ذم الله - عز وجل - من ادعى دعوى بغير برهان إذ،قال﴿ وَقَالُواْ لَن يَدۡخُلَ ٱلۡجَنَّةَ إِلَّا مَن كَانَ هُودًا أَوۡ نَصَٰرَىٰۗ تِلۡكَ أَمَانِيُّهُمۡۗ قُلۡ هَاتُواْ بُرۡهَٰنَكُمۡ إِن كُنتُمۡ صَٰدِقِينَ ﴿١١١﴾ ﴾[3].

والدليل فدية الحق ، أو جزية الحق كما يقولون،ولولا الإثبات لضاعت الحقوق وزهقت الأنفس،يقول الشافعي - رحمه الله -:فالشهادة سبب قطع المظالم، وتثبيت الحقوق[4].

وتتأكد أهمية الإثبات في أنه عام في جميع الحقوق العامة والخاصة،والمالية والعائلية،والمادية والمعنوية .

---

[1] رواه مسلم برقم١٣٨

[2] ال عمران(٧٧)

[3] سورة البقرة (١١١)

[4] البغدادي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن إبراهيم بن عبدوَيْه : أحكام القرآن ١ /٢٣٥

وبالإثبات تحقن الدماء، وتصان الأعراض، وترد الحقوق إلى أصحابها ، ويستتب الأمن والطمأنينة والنظام في المجتمع[1] .

المطلب الثاني: شروط الاثبات

ولما كان للإثبات في الشريعة الإسلامية هذه الأهمية الكبيرة وهذا الأثر المباشر على سير المحاكمة من أولها الى آخرها، بل وعلى نتيجتها، فقد اشترط العلماء له بعض الشروط[2] وهي:

أولا: أن تسبق الإثبات الدعوى ، ويشترط للدعوى أمران:

ا- رفع الدعوى للتحقق من رغبة صاحب الحق بطلبه؛ لأن صاحب الحق يملك التصرف به بالاسقاط أو الإبراء؛لأنه يحتمل أن يكون قد استوفاه أو أخذه مقاصة بدون علم الشهود إذ لايعرف بقاء الحق إلا بطلبه.

ب - طلبه للشهود بأداء الشهادة؛ لأن الاثبات حجة في الدعوى فلا يتقدم عليها، وكذلك يمين الخصم؛ لأنها لاتقبل إلا بطلب المحلوف له، وتوجيه القاضي السؤال بذلك[3].

---

[1] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص٣٥

[2] المصدر نفسه ص ٤٧

[3] المصدر نفسه

وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء[1] في حقوق الآدميين كالحقوق المالية والنكاح والطلاق والعقود والعقوبات، كالقصاص والجروح وحد القذف والوقف على آدمي معين؛ لأن الشهادة فيها حق للآدمي فلا تستوفى إلاَّ باذنه.

والأصل في هذا الشرط ماروا البخاري أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: خَيْرُ أُمَّتِي قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ قَالَ عِمْرَانُ –راوي الحديث– فَلاَ أَدْرِي أَذَكَرَ بَعْدَ قَرْنِهِ قَرْنَيْنِ ، أَوْ ثَلاَثًا ثُمَّ إِنَّ بَعْدَكُمْ قَوْمًا يَشْهَدُونَ ، وَلاَ يُسْتَشْهَدُونَ وَيَخُونُونَ ، وَلاَ يُؤْتَمَنُونَ وَيَنْذُرُونَ،وَلاَ يَفُونَ وَيَظْهَرُ فِيهِمُ السِّمَنُ[2].

فقد ذم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ الذين يؤدون الشهادة واليمين قبل الطلب منهم مما يدل على استنكار ذلك.وقد علق الله الشهادة على الدعوة والطلب فقال : ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾[3].

أما في حقوق الله فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الدعوة ،ويعتبر الإثبات فيها حسبة لله، والسبب في ذلك وجوب المحافظة على حق الله تعالى من كل مسلم، ولا يتهم الشاهد في هذا؛ لأن

[1] ابن عابدين،رد المحتار ٧ / ٣٩٨ ، والدسوقي :حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦ /٢٥، و الخطيب الشربيني: مغني المحتاج ٦ /٤١٧ ، و البهوتي:كشاف القناع ٦ / ٤٨٨

[2] رواه البخاري في صحيحه برقم٣٦٥٠

[3] سورة البقرة ٢٨٢

شهادته لا تجر لنفسه نفعا ولا تدفع عنه ضررا ،كالحدود والطلاق والعتق والعفو عن قصاص ، وبقاء عدة وانقضائها .

والأصل في ذلك ماوراه مسلم أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال:(ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها)[1].

ولا تعارض بين هذا الحديث والحديث السابق، وهو (خَيْرُ أُمَّتِي قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ قَالَ عِمْرَانُ فَلاَ أَدْرِي أَذَكَرَ بَعْدَ قَرْنِهِ قَرْنَيْنِ ، أَوْ ثَلاَثًا ثُمَّ إِنَّ بَعْدَكُمْ قَوْمًا يَشْهَدُونَ،وَلاَ يُسْتَشْهَدُونَ وَيَخُونُونَ ، وَلاَ يُؤْتَمَنُونَ وَيَنْذُرُونَ ، وَلاَ يَفُونَ وَيَظْهَرُ فِيهِمُ السِّمَنُ)[2].

فالأول متعلق بحقوق العباد ، والثاني متعلق بحقوق الله تعالى.

ثانيا: يجب أن يكون الإثبات موافقا لدعوى المدعي بحيث يكون مطابقا لها؛ لينتج أثره في الحكم بموجبه ؛لأن الإثبات إذا خالف الدعوى فقد كذبها، والدعوى الكاذبة لاتقبل .

فإن ادعى شيئا معينا بالزمان ،أو المكان ،أو الوصف، وقامت البينة على خلاف ذلك الوصف فلا تقبل، وكذلك إذا ذكر المدعي سببا للملك، وذكر الشهود سببا آخر له فترد شهادتهم

[1] رواه مسلم في صحيحه برقم ١٧١٩

[2] رواه البخاري في صحيحه برقم٣٦٥٠

للتناقض بين الدعوى والشهادة [1].

والموافقة المشروطة هنا هي للمعنى دون اللفظ ؛ لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ والمباني.

ويقبل الإثبات فيما لو كان مطابقا للمدعى به ،أو أقل منه،فلو ادعى شخص على آخر ألفا وشهد الشهود بخمسمائة، ،وأقر المدعى عليه بخمسمائة ، أو حلف المدعى عليه بخمسمائة ، أو ظهرت الكتابة بخمسمائة، فتقبل الشهادة ، والإقرار واليمين والكتابة؛ لأن المدعي وافق الشهود والمقر على استحقاق هذا المبلغ ضمنا[2].

ثالثا: لابد أن يكون الإثبات منتجا في الدعوى،وهو أن يكون له فائدة في إثبات الحق،وصدور الحكم وإلزام الخصم به.

---

[1] الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٥٢

[2] تختلف الموافقة بين الشهادة والدعوى عن الموافقة بين الشهادة والشهادة، فيكفي في الأولى الموافقة في المعنى، بينما يختلف الفقهاء في الثانية .

فقد ذهب أبو حنيفة إلى اشتراط التطابق دون التضمين بين الشهادة والشهادة، بينما ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أنه يكفي الإتفاق في المعنى ولو اختلف اللفظ .انظر تفصيل تلك المسألة في: الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٧٩٠ وما بعدها

قال الشافعي ـ رحمه الله ـ : " ولو أقام رجل بينة أن هذه الدار كانت في يديه أمس ، لم أقبل ، قد يكون في يديه ما ليس له ، إلا أن يقيم بينة أنه أخذها منه "[1]فهذه دعوى غير منتجة .ويشترط ـ أيضا ـ أن يبين صاحب الحق وإلا رد.

رابعا: و لا يكون الإثبات إلا في مجلس القضاء؛ لأن المقصود من الإثبات الحكم بموجبه،ولا يعتبر الحكم إلا إذا صدر في مجلس القضاء.

ومجلس القضاء من النظام العام فلا يجوز أن يتفق الأطراف على خلافه ،فلو اتفق الخصمان على أن يحلف أحدهما عند غير القاضي ويكون بريئا فهو باطل ؛ لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصوم، وكما أن التحليف عند غير القاضي لا يعتبر فكذلك النكول عند غيره لا يوجب الحق؛ لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة،واليمين عند غير القاضي غير قاطعة[2].

[1] الماوردي :الحاوي الكبير١٧ / ٦٦٧

[2] ابن عابدين :رد المحتار ٧ / ٤٣٤

خامسا: أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن؛ لأن الأصل في الإثبات أن يعتمد على العلم واليقين لقوله تعالى:﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿٨٦﴾ ﴾ ،[1] وقوله :﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا ﴾[2].

سادسًا: أن يكون الإثبات موافقا للعقل أو الشرع أو الحس أو ظاهر الحال ،فإن خالف الإثبات أحد هذه الأمور فلا يعتبر؛لأن الإثبات يفيد علما ظنيا، فلا يقبل في معارضة الحس الذي يفيد علما قطعيا مثلا.

ومن أمثلة[3] ذلك :

لو أقر شخص بقتل رجل مات قبل أن يولد، أو أن يشهد بذلك ففي هذه الحالة يكون هذا الإقرار باطلا وكذلك الشهادة؛ لأن هذا يخالف العقل .

---

[1] سورة الزخرف ٨٦

[2] سورة يوسف ٨١

[3] الزحيلي ،محمد:وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٥٨

ولو أقر شخص بأرش[1] يد قطعها واليد صحيحة ، فهذا الإقرار باطل؛لأنه خالف الحس، ولو أقر شخص بسهم لوارث أكثر من فريضته الشرعية، فلا يقبل منه ؛لأنه خالف الشرع.

ولو ادعى فقير معروف بالفاقة على أحد الأغنياء مالا جسيما يستحيل أنه في حياته حاز ما يقرب منه فلا يصدق في ذلك ؛ لأنه خالف ظاهر الحال.

سابعا: أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشارع، فلا يجوز الإثبات بما نهي عنه كالشعوذة والسحر والطِيَرة. ومن أهم طرق الإثبات الشرعية:الإقرار والشهادة واليمين والقرائن والخبرةوغيرها من الوسئل الشرعية.

---

[1] الأرش: دية الجراحات

المبحث الثالث: الحكم بالنكول

من الآثار المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه الحكم بالنكول لاحد طرفي الدعوى ولايحكم بهذا النكول الا على المدعى عليه،فلزم من ذلك معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه لاختلاف أحكامهما المترتبة على هذا التمييز. فإذا نكل المدعى عليه عن يمينه الواجبة حكم عليه بنكوله

المطلب الأول: أقوال الفقهاء وأدلتهم على القضاء بالنكول

المطلب الثاني: حقيقة النكول عند القائلين به في القضاء ،والحالات التي يجوز فيها

المطلب الأول: أقوال الفقهاءعلى القضاء بالنكول[1]

اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا قدم البينة المقبولة على دعواه قبلت وحكم له بما ادعى،واتفقوا ـ أيضا ـ على أنه إذا عجز عن البينة، وطلب تحليف المدعى عليه وحلف ،رفضت دعواه،ثم اختلفوا بعد ذلك فيما اذا نكل المدعى عليه عن اليمين، هل يقضى للمدعي بنكول خصمه عن اليمين؟ أم ترد اليمين إلى المدعي فيقضى له بيمينه وشاهد واحد يقدمه للشهادة ؟

ذهب الحنفية والحنبلية[2] في المشهور عندهم إلى أن اليمين لا ترد الى المدعي، ويقضى على المدعى عليه بالنكول في المال وما يؤول الى المال،وقالوا :(والمدعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإن كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال. لكن ينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالنكول)[3]، ويلتزم بأداء المدعى به ولا ترد اليمين على المدعي؛لأن النكول حجة ودليل في الإثبات في المال وما يؤول إلى المال.

---

[1] نكل عن الأمر نكولا جبن ونكص. يقال نكل عن العدو، ونكل عن اليمين: أي امتنع عنها.انظر: إبراهيم مصطفى: المعجم الوسيط (دار الدعوة) ٢ / ٩٥٣ ، و شرح حدود ابن عرفة لمحمد بن قاسم الأنصاري ٢ / ٤٤٩

[2] الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٤٤ ، و ابن عابدين : رد المحتار ٧ / ٤٣٣ ،والبهوتي: كشاف القناع ٦ / ٤٢٩

[3] وذلك لجواز أن يكون المدعى عليه ممن لا يرى القضاء بالنكول، أو يكون عنده أن القاضي لا يرى القضاء بالنكول، أو لحشمة القضاة ومهابة المجلس في المرة الأولى ،فكان الاحتياط أن يقول له ذلك، فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا ، فإن القاضي يقضي عليه. انظر :الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٤٤

واستدلوا بحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن رسو ل الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم؛ لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)[1].

فجعل رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ جنس اليمين على المدعى عليه؛ لأن الالف واللام في اليمين للاستغراق فيكون المعنى أن جميع الأيمان على المنكرين، فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص [2] .

وفي سنن البيهقي عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن رسو ل الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[3].

وهنا ـ أيضا ـ الألف واللام في البينة للجنس فتشمل جميع المدعين ، وكذلك الألف واللام في اليمين تشمل جميع المنكرين ، والحديث قسم الادلة فجعل البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه، والقسمة تنافي الشركة ،فاليمين منحصرة في المدعى عليه دائما، ولا تصح بحال من المدعي،فإن نكل المدعى عليه عن اليمين حكم بنكوله[4].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه برقم ١٧١١

[2] ابن عابدين : رد المحتار ٧ / ٤٣٤، وابن قدامة: المغني ١٢ / ١٢٤

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ١٦٢٢٢

[4] ابن عابدين : رد المحتار ٧ / ٤٣٤، وابن قدامة: المغني ١٢ / ١٢٤

واستدلوا ـ أيضًا ـ بما روي عن بعض الصحابة القضاء بالنكول حتى ذكروا في ذلك الإجماع [1].

قال الكاساني: ولأنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضى له كما لو أقام البينة،ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعى عليه وقد عارضه النكول ،لأنه لو كان صادقا في إنكاره لما نكل فزال المانع للتعارض فظهر صدقه في دعواه[2].

وقالوا بأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق[3] لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٧﴾ ﴾ [4]

---

[1] والمقصود هنا هوالإجماع (السكوتي) فقد أورد الزيلعي أدلة لهذا الإجماع ترجع كلُّها إلى الصحابة والتابعين. انظر: الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي تحقيق : محمد عوامة.(بيروت:مؤسسة الريان للطباعة والنشر ط(١) ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ٤ / ١٠١، وانظر الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٤٥

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٤٥

[3] الموصلي: الاختياره / ٦٠ ، والقرافي : الفروق ٧ / ٤٠٩

[4] سورة آل عمران ٧٧

المطلب الثاني: حقيقة النكول عند القائلين به في القضاء ،والحالات التي يجوزفيها

وسأبين ذلك في فرعين:

الفرع الأول: حقيقة النكول

اختلف الفقهاء في حقيقة النكول على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن النكول بمثابة البذل والإباحة والترك وعدم المطالبة، وذلك فيما يستحلف فيه[1].وهو قول الإمام أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ[2] .

وذلك لأن النكول يحتمل البذل، كما أنه يحتمل الإقرار،والعاقل الورع كما يتحرج عن اليمين الكاذبة ، يتحرج عن التعيير والطعن باليمين ببذل المدعى به ، إلا أن حمله على البذل أولى من حمله على الإقرار ؛ لأنه يلزم من جعله إقرارا تكذيب الناكل في إنكاره السابق ، ولو جعلناه

[1] أما ما لا يستحلف فيه كالنكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والنسب والولاء والحدود واللعان مما لا يحتمل البذل فلا يحتمل النكول ؛ وذلك لأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول ، وما كان كذلك فهو يحتمل أن يكون إقرارا؛لأنه دليل على كون الناكل كاذبا في إنكاره، إذ لو كان صادقا فيه لما امتنع من اليمين الصادقة ، فكان نكوله إقرارا .انظر:المرغيناني ،ابو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني :الهداية شرح بداية المبتدي،المكتبة الإسلامية ٣ /١٥٨

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٤١، و، وابن القيم: الطرق الحكمية ٩٦

بذلا لم نكذبه، بل تنقطع الخصومة بلا تكذيب ،وكأن الناكل قال للمدعي: ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه ، فيحصل المقصود من غير تكذيب للخصم[1].

القول الثاني:

أن النكول فيما يحتمل الإقرار به شرعا إقرار فيه شبهة، سواء أحتمل البذل أم لا.

وهو قول الصاحبين من الحنفية[2]، وقول عند الحنبلية [3].

وذلك لأن المدعى عليه مخير بين الاقرار، وأداء اليمين الموجه عليه،فلما نكل عن اليمين حمل نكوله على الإقرار، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ، ودفعا للضرر عن نفسه،إلا أنه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم ؛ لأنه في نفسه سكوت .

ويفترق النكول عن الإقرار بأن الإقرار موجب للحق بنفسه فلا يتوقف على قضاء القاضي، إذ بحصوله يثبت الحق، بخلاف النكول الذي لايثبت به الحق إلا بقضاء القاضي؛ لدلالته القاصرة المشتملة للشبهة والاحتمال[4].

---

[1] الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٤١.

قلت: وجريا مع الإمام الأعظم في أن النكول بذل، وأنه يمكن أن يكون تحرجا وتعففا عن التكذيب للخصم . يمكن القول بأن التورع عن اليمين من علامة الأدب مع الخالق ،وأن البذل وعدم التكذيب للخصم من علامة الأدب مع المخلوق، وهذا نموذج لرقي وروعة القضاء في الإسلام .

[2] الكاساني : بدائع الصنائع ٥ / ٣٤٠

[3] جاء في كشتاف القناع: (وإن نكل أحدهما) أي البائع أو المشتري (لزمه ما قاله صاحبه بيمينه) أي ما حلف عليه صاحبه لقضاء عثمان على ابن عمر رواه أحمد؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار . انظر: البهوتي :كشاف القناع ٣ / ٢٧٥

[4] ابن عابدين : رد المحتار ٧ / ٤٧٠

القول الثالث:

إن النكول عن اليمين كإقامة البينة بالحق، وهو قول الحنبلية.

قال ابن القيم : والصحيح أن النكول يقوم مقام الشاهد والبينة، لا مقام الإقرار ولا البذل؛لأن الناكل قد صرح بالإنكار، وأنه لا يستحق المدعى به، وهو مصر على ذلك، متورع عن اليمين.فكيف يقال: إنه مقر، مع إصراره على الإنكار، ويجعل مكذبا لنفسه؟ وأيضا لو كان مقرا لم تسمع منه بينة نكوله بالإبراء والأداء، فإنه يكون مكذبا لنفسه.وأيضا فإن الإقرار إخبار وشهادة المرء على نفسه ،فكيف يجعل مقرا شاهدا على نفسه بنكوله؟ والبذل إباحة وتبرع ، ولم يخطر على قلبه؟ .

وقد يكون المدعى عليه مريضا مرض الموت ، فلو كان النكول بذلا وإباحة اعتبر خروج المدعى من الثلث [1] .

قال البهوتي :ولا يتأتى جعل الناكل مقرا بالحق مع إنكاره له ، وليس النكول كبذل الحق؛ لأن البذل قد يكون تبرعا ولا تبرع هنا[2].

---

[1] ابن القيم: الطرق الحكمية ٩٦

[2] البهوتي :كشاف القناع ٦ / ٤٢٩

فتبين أن لا إقرار ولا إباحة ، وإنما هو جار مجرى الشاهد والبينة ، فإن " البينة " اسم لما تبين الحق، ونكوله – مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها من المدعى عليه ويتخلص بها من خصمه – دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه، وبيان أنها حق ، فقام مقام شاهد القرائن[1].

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها القضاء بالنكول:

اختلف الفقهاء القائلون بالنكول في الحالات التي يجوز فيها القضاء بالنكول :

القول الأول:

يصح القضاء بالنكول في كل ما تتوجه فيه اليمين، سواء أكان في المال وغيره كحد قذف ، وقود ، وما يطلع عليه الرجال غالبا كنكاح ، وطلاق ، ورجعة ، وعتق ، وإسلام ، وردة ، وجرح ، وتعديل.

---

[1] فإن قيل : النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أجرى السكوت مجرى الإقرار والبذل في حق البكر إذا استؤذنت ؟ قيل: ليس ذلك نكولا ، وإنما هو دليل على الرضا بما استؤذنت فيه ؛ لأنها تستحي من الكلام ويلحقها العار لكلامها الدال على طلبها ، فنزل سكوتها منزلة رضاها للضرورة .وهاهنا المدعى عليه لا يستحي من الكلام ولا عار عليه فيه فلا يشبه البكر ، والله أعلم . انظر :ابن القيم: الطرق الحكمية ٩٧

وذهب الى ذلك الصاحبان من الحنفية[1] والحنبلية في رواية[2]؛ وذلك لأن النكول يترتب على توجيه اليمين.

القول الثاني :

يصح القضاء بالنكول في كل ما يصح الاقرار به بشرط أن يكون مما يصح فيه البذل والاباحة معا؛ ولذلك لا يقضى بالنكول في النكاح والنسب والرجعة والفيء والإيلاء والعتق والاستيلاد والولاء؛لأنها لايصح فيها البذل والإباحة ، ولايحكم بالنكول من الوصي وغيره ؛ لأنه لايجوز له أن يبذل مال الصغار واليتامى والمحجور عليهم ،ويصح في الأموال وقصاص الأطراف،ويسلك بها مسلك الأموال ، فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها، لا يجب الضمان ، وهذا إعمال للبذل، إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة ،وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للأكلة وقلع السن للوجع[3] .

---

[1] الكاساني :بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٩ ، وابن نجيم : البحر الرائق ٧ / ٢٠٧

[2] ابن القيم: الطرق الحكمية ٩٦

[3] المرغيناني :الهداية شرح بداية المبتدي،المكتبة الإسلامية ٣ /١٥٨

القول الثالث:

يقضى بالنكول في المال وما يقصد منه المال، أما ما سوى المال فإن نكل المدعى عليه فيه فانه يخلى سبيله أو يحبس حتى يقر أو يحلف وهذا قول عند الحنبلية[1].

[1] إن الحلف حق قد وجب عليه ، فإذا أبى أن يقوم به ضرب حتى يؤديه ،فإن الشارع مكنه من التخلص من الدعوى باليمين ، وهي واجبة عليه للمدعي ، فإذا امتنع من اليمين فقد امتنع من الحق الذي وجب عليه لغيره ، وامتنع من تخليص نفسه من خصمه باليمين .فقيل : يحبس أو يضرب ، حتى يقر أو يحلف ، وقيل : يقضى عليه بنكوله،ويصير كأنه مقر بالمدعى .وقيل : ترد اليمين على المدعي .والأقوال الثلاثة في مذهب أحمد. انظر ابن القيم:الطرق الحكمية ٩٥

المبحث الرابع: الحكم باليمين المردو دة

من الآثار المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه نكول المدعى عليه عن اليمين الواجبة،ولايحكم بمجرد النكول عند القائلين برد اليمين على المدعي . فلزم من ذلك مسبقا معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه لاختلاف أحكامهما المترتبة على ذلك بحيث لو نكل المدعى عليه عن اليمين ترد على المدعي

المطلب الأول : أقوال الفقهاء وأدلتهم على القضاء باليمين المردودة

المطلب الثاني: حقيقة اليمين المردودة والحالات التي يجوز فيها رد اليمين

المطلب الأول : أقوال الفقهاء وأدلتهم على القضاء باليمين المردودة

ذكرت في المبحث السابق أن الفقهاء قد اتفقوا على أن المدعي إذا قدم البينة المقبولة على دعواه قبلت وحكم له بما ادعى ،واتفقوا ـ أيضا ـ على أنه إذا عجز عن البينة ، وطلب تحليف المدعى عليه وحلف ،رفضت دعواه، ثم اختلفوا بعد ذلك فيما إذا نكل المدعى عليه عن اليمين،هل يقضى للمدعي بنكول خصمه عن اليمين؟ أم ترد اليمين إلى المدعي فيقضى له بيمينه ؟

ذهب المالكية، والشافعية إلى أن النكول ليس طريقا للقضاء، ولا يحكم القاضي بالمدعى به بناء على النكول وَحْدَهُ، وإنما ترد اليمين إلى المدعي ، ويوجه القاضي إليه اليمين، فإن حلف استحق وحكم له القاضي بها، وإن امتنع سقطت الدعوى .

قال الماوردي :(إذا نكل المنكر عن اليمين ، لم يحكم عليه بالنكول ، حتى يحلف المدعي،فيستحق الدعوى بيمينه لا بنكول خصمه . قال الشافعي : " ليس النكول إقرارا منه بالحق ، ولا بينة للمدعي ، فلا أقضي عليه به . وهذا صحيح ؛ لأن الحقوق تثبت بالإقرار أو البينة ، وليس النكول واحدًا منها ، وهو قول الأكثرين من الفقهاء والحكام ، وسواء أكانت الدعوى فيما لا يثبت إلا

بشاهدين كالنكاح ، والطلاق ، والخلع ، والرجعة ، والقصاص ، والعتق ، أو كانت فيما تثبت بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كالأموال أو ما يكون مقصوده المال)[1].

ورد اليمين عند المالكية يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان، وشاهد ويمين، وعند الشافعية يكون في كل موضع يجب فيه اليمين[2].

واستدلوا على مشروعية القضاء باليمين المردودة بقول الله ـ عز وجل ـ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا
ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ
مِنۡ غَيۡرِكُمۡ إِنۡ أَنتُمۡ ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَأَصَٰبَتۡكُم مُّصِيبَةُ ٱلۡمَوۡتِۚ تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ
فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ لَا نَشۡتَرِي بِهِۦ ثَمَنٗا وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰ وَلَا نَكۡتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذٗا لَّمِنَ
ٱلۡأٓثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ فَإِنۡ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسۡتَحَقَّآ إِثۡمٗا فَـَٔاخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ ٱلَّذِينَ ٱسۡتَحَقَّ عَلَيۡهِمُ
ٱلۡأَوۡلَيَٰنِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا وَمَا ٱعۡتَدَيۡنَآ إِنَّآ إِذٗا لَّمِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿١٠٧﴾
ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَن يَأۡتُواْ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجۡهِهَآ أَوۡ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيۡمَٰنُۢ بَعۡدَ أَيۡمَٰنِهِمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱسۡمَعُواْۗ وَٱللَّهُ لَا
يَهۡدِي ٱلۡقَوۡمَ ٱلۡفَٰسِقِينَ ﴿١٠٨﴾ ﴾[3].

---

[1] الماوردي :الحاوي الكبير ١٧ / ٢٨٧، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٤٤٢/٦

[2] ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي :بداية المجتهد و نهاية المقتصد(مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط٥١٣٩٥هـ/١٩٧٥م) ٢ / ٤٦٩ ، وانظر : المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري :التاج والإكليل لمختصر خليل، المكتبة الشاملة١١ / ٣١٦

٢ سورة المائدة ١٠٦– ١٠٨

فالآية نص صريح في رد الإيمان الأولى،ولا يحلف ثانية بعد اليمين إلا برد اليمين ، فدل على نقل الإيمان من جهة إلى جهة، وكذلك اليمين المردودة تحول من المدعى عليه إلى المدعي[1].

واستدلوا ـ أيضا ـ بحديث عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ : أن النبي ـ صلى الله عليه و سلم ـ ردَّ اليمين على طالب الحق[2].

والحديث واضح وصريح على مشروعية اليمين المردودة، وللمدعي أو القاضي أن يرد اليمين من جهة المدعى عليه إلى جهة المدعي، ولايقضي بالنكول[3]،واستدلوا بحديث: سهل بن أبي حثمة،أن عبد الله بن سهل الأنصاري، ومحيصة بن مسعود خرجا إلى خيبر، فتفرقا لحاجتهما، فقُتِل عبد الله بن سهل، فجاء عبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود إلى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ، فذهب عبد الرحمن أخو المقتول؛ ليتكلم، فقال له رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: الكبر الكبر[4] فتكلم حويصة ومحيصة فذكرا له شأن عبد الله ابن سهل، فقال رسول الله ـصلى الله عليه وسلم ـ :أيحلف منكم خمسون فتستحقون قاتلكم أو صاحبكم ؟

فقالوا يا رسول الله لم نحضر ، ولم نشهد .

قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : فتبرئكم يهود بخمسين يمينا؟

قالوا يا رسول الله : كيف نقبل إيمان قوم كفار؟

---

[1] الماوردي :الحاوي الكبير ١٧ / ١٤١

[2] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم٢٠٥٢٨ ، وضعفه الألباني في إرواء الغليل برقم (٢٦٤٢)

[3] الماوردي :الحاوي الكبير ١٧ / ١٤١ ، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٤٤٢/٦

[4] أي ليتكلم من هو أكبر منك .

قال: فعقله[1] النبي ـ صلى الله عليه و سلم ـ من عنده[2].

ففي هذا الحديث رد رسول الله ـ صلى الله عله وسلم ـ اليمين ممن وجبت عليه أولا إلى خصمه عندما رفض الأول أداء اليمين.

واستدلوا بقضاء عمر ـ رضي الله عنه ـ ، وذلك أن المقداد ـ رضي الله عنه ـ استقرض من عثمان بن عفان ـ رضي الله عنه ـ سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: إنما هي أربعة آلاف،فخاصمه إلى عمر ـ رضي الله عنه ـ، فقال :إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم. فقال المقداد إنما هي أربعة آلاف. فقال المقداد: أحلفه أنها سبعة آلاف.

فقال عمر رضي الله عنه: أنصفك فأبى أن يحلف. فقال عمر خذ ما أعطاك[3].

ففي هذا الأثر رد المقداد اليمين إلى المدعي وهو (عثمان) رضي الله عنه، في مقدار الدين بعد أن كانت توجهت إلى المدعى عليه وهو (المقداد) رضي الله عنه، ووافقه عمر رضي الله عنه، ولم يقض على المقداد بالنكول عن اليمين.

وجاء في رواية اخرى أن سيدنا عثمان ـ رضي الله عنه ـ امتنع عن الحلف ، ولما خرج المقداد قال عثمان: والله لقد أقرضته سبعة آلاف ،فقال له عمر : لمَ لم تحلف قبل أولى ؟ فقال : وما علي

---

[1] عقله : أدى ديته

[2] رواه مسلم في صحيحه برقم ١٦٦٩ ، و البيهقي في سننه الكبرى برقم ٢٠٥٢٥

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم ٢٠٥٢٩ ، وضعفه الألباني في مختصر إرواء الغليل برقم ٢٦٤٣ .

أن أحلف ، والله إن هذه لأرض والله إن هذه لسماء ،ثم قال عثمان : خشيت أن يوافق قدر بلاء،فيقال: بيمينه [1].. انتهى.

والمقصود هو خوف عثمان أن يوافيه الموت بقدر من الله فيقال بسبب يمينه.

قلت: ويمكن أن يفهم من هذا الأثر قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أن النكول بذل ، ويحتمل فيه الترك ترفعا من تكذيب الخصم وإحراجه،و حتى لا يقالن عامة الناس : حلف كاذبا.

أما بالنسبة للمقداد ـ رضي الله عنه ـ فقد يكون رده لليمين تورعا، وقد يكون لعدم تأكده من الثمن، فلا يحلف دون يقين.

قال ابن القيم:

فإن التورع عن اليمين ليس بمنكر ، بل قد يكون واجبا أو مستحبا أو جائزا ، وقد يكون معصية[2] .

فإذا كان المدعي كاذباً في دعواه ، وكان المدعى به مما لا يباح بالإباحة ، كالدماء والأبضاع ،فإن علم المدعى عليه أن خصمه لا يحلف على ما يدعيه ، إن هو نكل عن اليمين ، فإنه يتخير إن شاء حلف، وإن شاء نكل .

[1] الماوردي: الحاوي ١٧ / ١٤٢

[2] ابن القيم: الطرق الحكمية ص ٩٥

وإن علم أو غلب على ظنه أنه يحلف ، وجب عليه أن يحلف؛ حتى لا تستحل الدماء والأبضاع[1] باليمين الكاذبة .

فإن كان المدعى به مما يباح بالإباحة كالأموال ، وعلم المدعى عليه أو ظن أن المدعي لا يحلف إذا نكل فيتخير أيضاً ، وإن علم أو غلب على ظنه أنه يحلف فالذي أراه وجوب الحلف دفعاً لمفسدة كذب الخصم [2].

وقد ذكر الماوردي من الشافعية ، والقرافي من المالكية اجماع الصحابة على مشروعية القضاء باليمين المردودة [3].

وقد انتصر القرافي لمذهبه فقال: لو نكل المدعى عليه عن الجواب في الدعوى لم يحكم عليه مع أنه نكول عن اليمين والجواب، فاليمين وحده أولى بعدم الحكم .

والبينة حجة المدعي ، واليمين حجة المدعى عليه في النفي ، ولو امتنع المدعي من إقامة البينة لم يحكم عليه بشيء، فكذلك المدعى عليه إذا امتنع من اليمين لم يحكم عليه .

ولو امتنع المدعي من إقامة البينة كان للمدعى عليه إقامتها ،فكذلك المدعى عليه إذا امتنع من اليمين فيكون للآخر فعلها[4] .

---

[1] الأبضاع : الفروج

[2] الخن،مصطفى:الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،(دمشق:حلب ،ط٢ ١٤١٦ هـ-١٩٩٦م)٣/ ٥٧٧

[3] المقصود هنا الإجماع السكوتي . انظر : الماوردي :الحاوي الكبير ١٧ / ٢٩٢ ، والقرافي : الفروق ٧ / ٤٠٩

[4] القرافي: الفروق٧ / ٤٠٩

وقال الماوردي :إن يمين المدعى عليه حجة له في النفي ، كما أن بينة المدعي حجة له في الإثبات ، فلما كان ترك المدعي لحجته موجبا للعدول إلى يمين المدعى عليه ، وجب أن يكون ترك المدعى عليه لحجته موجبا للعدول إلى يمين المدعي .

وتحريره قياسا أنها حجة أحد المتداعيين ابتداء ، فوجب أن يكون تركها موجبا للعدول إلى يمين صاحبه، كترك البينة[١] .

المطلب الثاني: حقيقة القضاء باليمين المردودة ،والحالات التي يجوز فيها رد اليمين

ويتفرع الى فرعين:

الفرع الأول: حقيقة القضاء باليمين المردودة:

اختلف الفقهاء في حقيقة القضاء باليمين المردودة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه كاقراره لا كالبينة؛ لأنه بنكوله توصل للحق فأشبه إقراره، فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراءأو غيره من المسقطات لم تسمع بخلاف البينة[٢].

---

[١] الماوردي: الحاوي الكبير ١٧ / ٢٩٦

[٢] النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف:المجموع شرح المهذب ، المكتبة الشاملة ٢٠ / ١٥٨ ،والخطيب الشربيني:مغني المحتاج ٦ / ٤٤٣ ، وابن القيم: الطرق الحكمية ٩٦

القول الثاني:

أن يمين المدعي المردودة مع نكول المدعى عليه كالبينة؛ لأنها أصبحت حجة المدعي، والبينة مشروعة في جهة المدعي، فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء أو غيره من المسقطات سمعت [1].

القول الثالث:

أن القضاء يكون بالنكول واليمين المردوة معا؛ لأن الحقوق إنما تثبت بشيئين، إما بيمين وشاهد، وإما بنكول وشاهد وإما بنكول ويمين،والأصل في ذلك اشتراط الاثنينية في الشهادة، وفي حالة نكول المدعي عن اليمين سقطت الدعوى وهذا مذهب المالكية[2].

الفرع الثاني :الحالات التي يجوز فيها رد اليمين

اختلف الفقهاء في الحالات التي يجوز فيها رد اليمين:

القول الأول:

[1] الشيرازي : المهذب ٣ / ٦٦٩، ، وابن القيم: الطرق الحكمية ٩٦

[2] ابن رشد : بداية المجتهد ٢ / ٤٦٩ ،وانظر : الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦ / ٣٨

أن اليمين المردودة تصح في كل حق سمعت فيه الدعوى ، وجازت المطالبة به ، وتوجهت فيه اليمين على المدعى عليه فيردها على المدعي، وسواء أكانت الدعوى فيما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح ، والطلاق ، والخلع ، والرجعة ، والقصاص ، والعتق ، أو كانت فيما تثبت بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كالأموال أو ما يكون مقصوده المال، واستندوا في ذلك إلى قياس اليمين المردودة على اليمين الواجبة بجامع أن كلاً منهما حجة في الدعوى، وهذا مذهب الشافعية [١].

القول الثاني:

أن اليمين المردودة تصح في المال، وما يؤو ل إلى المال، وقاسوا النكول ورد اليمين على الشاهد واليمين بأنهما حجة ضعيفة.

وقالوا: إن كانت الدعوى في مال يثبت بالشاهد والمرأتين نرد اليمين على المدعي ، وإن كانت فيما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والطلاق والعتق والقتل، يحبس حتى يحلف أو يقر،وهذا مذهب المالكية[٢].

---

[١] الماوردي: الحاوي الكبير ١٧ / ٢٨٧

[٢] المواق :التاج والاكليل ١١/ ٣١٦ ، وابن رشد : بداية المجتهد ٢ / ٤٦٩

المبحث الخامس: ترك الخصومة

وفيه المطالب التالية:

المطلب الأول: التنازل عن الدعوى في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: تخلف أحد شروط الدعوى

المطلب الاول: التنازل عن الدعوى في الفقه الاسلامي

من الآثار المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه معرفة من يحق له التنازل عن الدعوى إذا اراد، ومن يجبر على الاستمرار بها حتى نهايتها، ولايسمح له بتركها .

وقد اتفق الفقهاء على أن للمدعي الحقَّ في ترك[1] دعواه والتنازل عنها، فهو الذي يطلب الحق من غيره،سواء أكان عينا أم دينا ،وسواء أطلبه ابتداء برفع الدعوى أو انتهاء بالدفع ، فحق الطلب له ،ويكون باختياره وحريته ، وهو منشئ الخصومة.

و من ثمَّ لايمكن لإنسان أن يجبره على طلب حقه من آخر؛ لاحتمال أنه استوفاه منه أوسامحه،أوصالحه، أو أجله، أو أخذه منه بالمقاصة ،فإذا ترك الخصومة ابتداء أو لم يطلب حقه انتهاء فلا يجبر على ذلك ويترك وشأنه. قال الباجوري[2] ـ :

---

[1] استثنى علماء المالكية من ذلك (دعوى قطع النزاع) للمدعى عليه، وهي طلب إنسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره ، ويقول للقاضي : بلغني أن فلانا يريد منازعتي ومخاصمتي ، وأريد قطع النزاع بيني وبينه،فأطلب إحضاره ، حتى إذا كان له علي حق فليبينه أمامك بالحجة ، وإلا فليعترف أني بريء من كل حق يدعيه.(ساناقشها في الصفحات القادمة إن شاء الله) .

[2] هو :إبراهيم بن محمد بن أحمد الباجوري(١١٩٨ – ١٢٧٧ هـ = ١٧٨٤ – ١٨٦٠ م): شيخ الجامع الأزهر. من فقهاء الشافعية. نسبته إلى الباجور (من قرى المنوفية، بمصر) ولد ونشأ فيها، وتعلم في الأزهر، وكتب حواشي كثيرة منها (حاشية على مختصر السنوسي – ط) في المنطق، و (التحفة الخيرية – ط) حاشية على الشنشورية في الفرائض، و (تحفة المريد على جوهرة التوحيد – ط) و (تحقيق المقام – ط) حاشية على كفاية العوام للفضالي، في علم الكلام، و (حاشية على أم البراهين والعقائد للسنوسي – ط) توحيد، و(المواهب اللدنية – ط) حاشية على شمائل الترمذي. وله (فتح الخبير اللطيف – ط) في الصرف، و (الدرر الحسان) فيما يحصل به الإسلام والايمان، و (تحفة البشر على مولد ابن حجر) وغير ذلك. تقلد مشيخة الأزهر سنة ١٢٦٣ هـ واستمر إلى أن توفي بالقاهرة — الزركلي : الأعلام ١ / ٧١

(إن مشيئة المدعي لا تتقيد بمجلس الحكم ، فله إمهال المدعى عليه إلى الأبد، بل الانصراف، وترك الخصومة بالكلية)[1].

أما المدعى عليه فإنه يجبر على الخصومة؛ ليؤدي حق صاحبه إذا ثبت عليه،ولأن الشبهة قامت حول براءة ذمته ،وأن التهمة أثيرت حول العين التي في يده ،فلا يستطيع أن يترك الخصومة باختياره،ويجبر عليها ؛ لأنه أصبح خصما في النزاع بغير إرادته للدفاع عن نفسه ، أو لأداء الحق إلى صاحبه[2].

قال علماء الحنفية: المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه : من إذا تركها يجبرعليها[3]،وهذا المعيار مأخوذ من طبيعة الدعوى ، فهي تصرف إرادي صادر من طرف المدعي ،وأما جوابها فهو أثر من ذلك التصرف واجب على المدعى عليه[4].

و قال المازري من المالكية :المدعي من إذا سكت ترك ، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته[5].

---

[1] الباجوري، إبراهيم بن محمد بن أحمد: حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي (مطبعة السعادة ، ط١) ٢ / ٤٠١ .

[2] انظر :الزحيلي ،محمد: وسائل الاثبات ص ٦٥٠

[3] السرخسي: المبسوط ١٧ / ٥٦ ، والكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٦ ، وابن نجيم: البحر الرائق ١٩ / ٢٣٠ وابن عابدين: رد المحتار ٧ /٤٠١

[4] ياسين :نظرية الدعوى ص ١٧٧

[5] ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ / ٣١٧

وقال الماوردي وغيره من الشافعية : فأما المدعي : فهو الطالب من غيره شيئا في يده ، أو في ذمته .

وأما المدعى عليه : فهو المطلوب منه شيئا في يده ، أو في ذمته .

وفرق ما بين الطالب والمطلوب منه ، أن الطالب إذا تارك ترك والمطلوب إذا تارك لم يترك[1] .

وقالت الحنبلية: المدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك، والمدعى عليه: المطالَب – بفتح اللاَّم– أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه ، وإذا سكت عن الجواب، لم يترك بل يقال : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك[2].

وقال الشوكاني:

قولهم المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى إذا سكت . أسلم تعريف[3].

ومع اتفاق الفقهاء على هذا الحكم للمدعي والمدعى عليه، كضابط للإسترشاد وللاهتداء به كغيره من الضوابط الأخرى،إلا أنه غير جامع كحد لكل المدعين ؛ إذ أن المدعي الأصلي في الدعوى قد يصبح في مركز المدعى عليه إذا تقدم المدعى عليه الأصلي بدفع صحيح للدعوى الأصلية ؛ ولذلك فإن القاعدة السابقة تقتضي أن لايسمح للمدعي الأصلي أن يترك دعواه، إذا كان المدعى عليه قد أبدى

[1] الماوردي: الحاوى الكبير ١٧ /٥٩٣ ، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٦ / ٤٢٠

[2] البهوتي ، كشاف القناع ٦ /٤٨٨

[3] الشوكاني: نيل الأوطار ٩ / ١٦٣.

دفعا لهذه الدعوى، إلا إذا تراضيا على ذلك ، أما اذا لم يقدم المدعى عليه دفعا صحيحا، فللمدعي حينئذ أن يترك الدعوى بإرادته المنفردة وهذا عند جمهورالفقهاء.

ويرى المالكية أنه اذا رفعت الدعوى ، وأنكر المدعى عليه ،فلا يجوز للمدعي ترك الدعوى بإرادته المنفردة؛ إذ لابد من موافقة خصمه على ذلك ولو لم يقدم دفعا صحيحا، ومن حق هذا الخصم أن يلزم المدعي بإتمام الخصومة، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبه، فإن أبى المدعي متابعة الخصومة، حكم القاضي بأن لاحق له. وينسجم هذا الرأي مع قولهم بدعوى قطع النزاع من المدعى عليه:فقد أجاز المالكية(للمدعى عليه) خلافا للجمهور رفع دعوى قطع النزاع، وهي: فيما لو ما تكررت شكوى شخص على آخر، فإن للمشكو أن يرفع الشاكي للحاكم ، ويقول إن كان له عندي شيء فيدعي به، فإن أبى ذلك، حكم عليه بأنه لا حق له بعد ذلك ، وليس له عليه بعد ذلك شكوى قطعا للنزاع ، وهي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية[1] .

وتختلف دعوى قطع النزاع عن دعوى دفع التعرض[2] التي أجازها الجمهور، وهي أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة ،أو بأي وسيلة أخرى، فيرفع صاحب الحق دعوى يطلب بها منع تعرضه له إن لم يستطع دفعه بنفسه.

---

[1] الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ١٧٠

[2] والمراد بالتعرض: هو كل ما يستضر به صاحب الحق المدعى : إما بمد اليد إلى ملكه . أو بما يمنعه من التصرف فيه ، أو بملازمته عليه وقطعه عن أشغاله .الماوردي : الحاوي ١٧ / ٦٠٠

وقد أجاز الفقهاء[1] هذه الدعوى(دفع التعرض) مهما كان محلها عقارا أو منقولا ولم يجيزوا دعوى(قطع النزاع)،بل إن الشافعية أجازوا رفعها- أقصد دفع التعرض- ولو كان التعرض في الذمة، وقالوا: وأما توجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته، فلأنه طولب بما لا يستحق عليه، فإن لم يلحقه بالمطالبة ضرر ، لم تصح الدعوى ، وإن لحقه بها ضرر ، سواء في نفسه بالملازمة ، أم في جاهه بالإشاعة ، أو في ماله بالمعارضة صحت منه الدعوى ليستدفع بها الضرر [2] .

جاء في حاشية رد المحتار: أن النزاع والتعرض متقاربان ، لكن أريد بالتعرض أن يكون بغير حق بل مجرد أذية ، وأريد بالنزاع أن يكون بمستند يتوهم وجوده فالفرق ظاهر[3] .

ودعوى دفع التعرض هي الحق العدمي ،وإذا لم يثبت المتعرض بأن تعرضه بحق فللقاضي أن يمنع المتعرض. كما لو ادعى أحد قائلا : إن فلانا يتعرض لي في الشيء الفلاني بدون حق فأطلب دفع تعرضه تسمع منه هذه الدعوى أما دعوى قطع النزاع فغير مسموعة عند الجمهور وهي كما لو

---

[1] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ /٣٩٩

[2]وصحتها معتبرة بثلاثة شروط :

أحدها : أن يذكر ما طولب به ، إما مفسرا ، أو مجملا ؛ لأن المقصود بالدعوى ما سواه .

والثاني : أن يذكر أنه غير مستحق عليه ؛ لأن المطالبة بالحق لا ترد .

والثالث : أن يذكر ما استضر به ؛ لأن مقصود الدعوى ليكون الكف عنه متوجها إليه ، فإن اقترن بهذه الشروط ما يكمل به جميع الدعاوى ، سأل الحاكم المدعى عليه ، وله في الجواب ، عن دعوى هذه المعارضة ، ثلاثة أحوال:

أحدها : أن يعترف بجميع ما تضمنها ، فيمنعه الحاكم من معارضته.

والحال الثانية : أن ينكر المعارضة ، فيخلى سبيله ، فلا يمين عليه؛ لأنه لا يتعلق بالمعارضة استحقاق غرم .

والحال الثالثة : أن يذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه ، فيصير مدعيا بعد أن كان مدعى عليه ، ويصير المدعي مدعى عليه ، بعد أن كان مدعيا. انظر:الماوردي : الحاوي ١٧ / ٦٠٠

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ /٣٩٩

ادعى أحد في حضور الحاكم قائلا : إذا كان لفلان عندي حق فليدع علي به ، وإلا فليشهد على براءتي فلا تسمع دعواه يعني أنه لا يقال لذلك الشخص إن كان لك حق فادع ؛ لأن الحق هو له . فله أن يدعي به، أو أن يتركه. وبتعبير آخر إن شاء ادعى به هذا اليوم ، وإن شاء يدعي به بعد خمس سنوات[1].

وختاما أقول: إن القاضي نصب لفصل الخصومات، لا لإنشائها ، ورفع الدعوى بدون طلب المدعي إنشاء للخصومة، وهذا مما لا يجوز .

المطلب الثاني: تخلف أحد شروط الدعوى

قد تنتهي الدعوى بعارض من العوارض يضع حدا للخصومة قبل وصولها إلى نهايتها،وذلك فيما لو تعرضت الدعوى لطارىء يفقدها شرطا من شروطها حين رفعها ، ففي هذه الحالة تنتهي الدعوى ولو لم يصدر فيها حكم وصورة ذلك:

كما لو أصبح المدعي لا مصلحة له في متابعة السير في الدعوى والخصومة ، ذلك أن المصلحة شرط في صحتها ، ويمكن تصور ذلك في بعض الحالات منها[2]:

١ – لو مات الصغير المتنازع على حضانته ، فيصبح الاستمرار في الدعوى غير مفيد للمدعي .

---

[1] حيدر ،علي: درر الحكام ٤ /١٥٢

[2] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٠ / ٣١٩

٢- لو توفي الزوج الذي تطلب الزوجة الحكم بتطليقها منه ، حيث تنتفي المصلحة في استمرار نظر الدعوى .

وكذلك تنتهي الدعوى إذا انتهى التنازع في الحق المطلوب قبل صدور حكم في موضوع الدعوى ، كما لو تصالح الخصوم على الحق المدعى .

وتنتهي ـ أيضا ـ فيما لو أقر المدعى عليه بالحق المدعى ولو لم يصدر حكم ، بناء على هذا الاقرار، إذ يجب الحق به مباشرة إذا كان في مجلس القضاء ،ولا حاجة لأن يصدر حكم بمضمونه بخلاف البينة التي لايستحق بها صاحبها إلا إذا اتصل بها حكم القاضي، وتنتهي من باب أولى في حالة نفذ المدعى عليه ما يقتضيه إقراره[١].

---

[١] ياسين ، محمد نعيم: نظرية الدعوى٦٩٩

المبحث السادس: الغياب

تختلف أحكام الغائب إذا كان مدعيا عن أحكام الغائب المدعى عليه إذ لاخلاف بين الفقهاء في عدم جواز القضاء للغائب إلا تبعا وذلك بأن يقضى للحاضر فيلزم من ذلك القضاء للغائب.

ويكون ذلك فيما إذا كان بين الغائب والحاضر اتصال في الحق المدعى ، ويوجد هذا كثيرا بين الورثة[1].

غير أنه لايصح القضاء للغائب أصالة ، والسبب في ذلك أنه لايجوز القضاء للعبد بحق من حقوقه الا بناء على طلبه أو طلب وكيله، ومن المقرر أيضا أن الانسان غير مجبر على المطالبة بحقه ومن ثم فإن كان للغائب حق عندغيره ولم يوكل أحدا بطلبه لايجوز له الحكم به .

أما إذا كان الغائب مدعى عليه فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة التي سأناقشها في المطلب الثاني من هذا المبحث إن شاء الله.ويتطلب هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأوَّل: المقصود بالغياب

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب

[1] وذلك كما لو ادعى شخص أن أباه قد توفى عنه وعن اخ له غائب ، وأن للميت عند فلان عينا او دينا ، فثبت باقرار او بينة ، فانه يقضي للاخوين الحاضر والغائب ، فياخذ الحاضر نصيبه ، ويجعل نصيب الغائب عند القاضي ،يدفعه له عند قدومه ، كما قد يوجد في قضايا الوقف ، كما لو قضى بالوقف لجهة من الجهات ، فإنه يدخل فيه من لم يخلق تبعا ، وهكذا .– انظر: نظرية الدعوى لمحمد نعيم ياسين ص٥٢٣

المطلب الأوَّل: المقصود بالغياب

وأقصد بالغياب الشخص الغائب البعيد المعروف المكان ، وليس مجرد الغائب عن مجلس القضاء؛ لأن الفقهاء متفقون على أن الحاضر في البلد القريب لا يقضى عليه إلا بعد احضاره مجلس القضاء[١] .

وحدُّ القريب عند المالكية هو من لم يبعد عن مجلس القضاء أكثر من ثلاثة أيام بشرط أمن الطريق ، وإلا فإنه يعتبر بعيدا ، ولو كانت المسافة أقل من ذلك[٢].

وعند الشافعية قولان في حد البعد[٣] :

الأول :أن حدَّ البعد هو مسافة القصر.

والثاني:أن حد البعد هو مسافة العدوى[٤] ، وهي المسافة التي يقطعها الشخص ذهابا وإيابا بحيث لو خرج من بيته مبكرا – أي قبيل طلوع الشمس – عاد في اليوم نفسه الذي خرج فيه أي حتى أوائل الليل[٥].

---

[١] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٦ ،وابن جزي :القوانين الفقهية ص٣٢٠ ، وابن أبي الدم :أدب القضاء ص٨٦ ، والبهوتي : كشاف القناع ٦ /٤٤٩

[٢] الدردير :الشرح الكبير (مع حاشية الدسوقي) ٦ / ٥٥

[٣] الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ /٣٣٦

[٤] وسميت بذلك؛ لأن القاضي يعدي أي يعين من طلب خصماً منها على إحضاره.

[٥] الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ /٣٣٦.

أما الحنبلية فقد اعتبروا أن حد البعد هو ما زاد عن مسافة القصر[1].

وتوجد حالات لا ينظر فيها إلى المسافة لاعتبارالغياب، مثل[2]:

١ – الامتناع والتعزز عن الحضور إلى مجلس القاضي .

وذلك عندما يدعى الحاضر في البلد أو القريب الى مجلس القاضي فيمتنع عن الحضور ، أو يستتر، أو الهارب من مجلس القاضي بعد حضوره، فإن مثل هؤلاء يعاملون معاملة الغائب بل أشد.

فعند الحنفية والحنبلية يعذر المتمرد أو المستتر ثلاث مرات بأنه إن لم يحضر نصب القاضي عنه وكيلا وقضى عليه[3].

وعند المالكية تسمع البينة عليه ، ويقضى عليه بالحق ،ولا ترجى له حجة إذا ظهر بعد ذلك عقوبـة له [4].

---

[1] كشاف القناع ٦ /٤٤٩

[2] ياسين : نظرية الدعوى ص٥٢٢

[3] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٥ / ٤١٥ ، وابن قدامة : المغني ١١ / ٤٨٨

[4] جعيط ، محمد العزيز:الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية، (تونس :مطبعة الارادة ،ط(٢) بدون تاريخ) ص ٤٢

أما الشافعية فقد قالوا: إنَّ تمرده واستتاره يعتبر نكولا منه، فترد اليمين على المدعي ،فإن حلف استحق المدعى، وإن لم يكن معه بينة[1].

٢ - المفقود:

وهو الشخص الذي لا يعلم مكانه ولا أثر له ،ولم يسمع خبره أحي هو أم ميت ، – من قبل أن ترفع الدعوى عليه – بخلاف المستتر ،أو الهارب من مجلس القضاء.

والفقهاء متفقون على الحكم عليه – أعني المفقود – ، إذ بغير ذلك تضيع الحقوق المتصلة به، غير أن الحنفية قالوا بوجوب تنصيب وكيل يدافع عنه ويقضى عليه[2].

٣– الميت:

أجازالجمهور غير الحنفية الحكم على الميت إذا لم يكن له وصي أو وارث ، بشرط أن يكون مع المدعي حجة شرعية[3].

[1] الشيرازي : المهذب ٣ / ٦٢٦

[2] (٥)ابن نجيم : البحر الرائق ٥ / ١٧٦ ، والحطاب : مواهب الجليل ٨ / ١٢٧ ، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٦ / ٣٢٣

[3] الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد : شرح البهجة الوردية ٢٠ / ١٧٢

أما عند الحنفية فيخاصم عن الميت وارثه أو وصيه أو شخص موصى له من قبله بأكثر من الثلث ، فإن لم يوجد هؤلاء كانت تركة الميت ملكا لبيت مال المسلمين، فإذا ادعى شخص حقا فيها نصب القاضي قيما ليسمع الدعوى[1].

٤ - كل من لا يستطيع التعبير عن نفسه في جواب الدعوى، كالصغير ،والمجنون،فقد ذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية إلى جواز القضاء عليه بشرط أن يكون مع المدعي بينة مقبولة، وحفظوا للمقضي عليه الحق في معارضة الحكم إذا أفاق المجنون أو كبر الصغير[2].

أما الحنفية فإنهم لايجيزون القضاء على غير البالغ العاقل، وذلك أن النائب الذي نصبه الشارع يدافع عنهم ، وإن وجد من لا ولي له فالحاكم وليه، فقد جاء في المادة (١٦١٦) من مجلة الأحكام العدلية (يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ودعوى المجنونِ والصبي غير المميز لَيست بصحِيحة، إلا أَنه يصح أَن يكون وصِياهما ، أَو ولِياهما مدعيينِ ، أَو مدعى علَيهِما) [3].

[1] السرخسي: المبسوط ٢ / ١٨ ، و ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٦

[2] الماوردي : الحاوي الكبير ١٦ / ٤٦٦

[3] حيدر علي: درر الحكام ٢/٥٩٥

المطلب الثاني: مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب

اتفق الفقهاء على أن الحاضر في البلد أو القريب منه إذا لم يمنع من الحضور لا يقضى عليه إلا بعد إحضاره مجلس القضاء؛ لأنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله[1]، واختلفوا في جواز القضاء على الغائب ، فقال الجمهور بجوازه، ومنعه الحنفية، وذلك على النحو الآتي:

مذهب الحنفية:

لايجوز القضاء على الغائب ولا له إلا بحضور نائبه.

جاء في حاشية ابن عابدين:

ولا يقضي على غائب بالبينة سواء أكان غائبا وقت الشهادة أو بعدها وبعد التزكية ،وسواء أكان غائبا عن المجلس أو عن البلد .

وأما إذا أقر عند القاضي فيقضي عليه وهو غائب؛ لأن له أن يطعن في البينة دون الإقرار، ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة، وإذا أنفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عينا كان أو دينا أو عقارا.

[1] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٧ / ٤٠٦ ،وابن جزي :القوانين الفقهية ص٣٢٠ ، وابن أبي الدم :أدب القضاء ص٨٦ ، والبهوتي : كشاف القناع ٦ /٤٤٩

إلا أنه في الدين يسلم إليه جنس حقه، إذا وجد في يد من يكون مقرا بأنه مال الغائب المقر، ولا يبيع في ذلك العرض والعقار؛ لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز[1].

واستدلوا بما ورد عن علي - رضي الله عنه - أنه قال:

(بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني، وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء، فقال إن الله سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال فما زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد)[2].

نهاه عليه - الصلاة والسلام - عن القضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر ، والقضاء بالحق للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع كلام الآخر فكان منهيا عنه [3]

واستدلوا بقول رسول الله - صلى الله عليه و سلم - :(إنَّكم تختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضَكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له به قطعة من النار)[4].

---

[1] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٥ / ٤٠٩

[2] رواه أبو داوود في سننه برقم ٣٥٨٢ وتحقيق الألباني :حسنه الترمذي (١٣٥٤)

[3] الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٣

[4] رواه مسلم في صحيحه برقم(١٧١٣)

أي أن القضاء يكون بحسب ما يسمعه من الخصمين ، ويقتضي ذلك حضورهما ليسمعهما.

واستدلوا بقول رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ لعمرِ و بن العاص :اقْضِ بين هذين،قال أقضي وأنت حاضر بيننا ؟ فقال ـ عليه الصلاة والسَّلام ـ اقض بينهما بالحق.

والحق اسم للكائن الثابت .ولا ثبوت مع احتمال العدم ،واحتمال العدم ثابت في البينة؛ لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق ، فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا ، إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات، ولم يظهر حالة الغيبة،وقد خرج الجواب عن كلامه[١] .

ولأنَّ القضاء شرع لقطع المنازعة، ولا منازعة مع غياب الخصم ؛ لعدم الإنكار منه فلا يصح[٢].

ثم إن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ؛ لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب،ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل، إلا أن الشرع جعله حجة ضرورة قطع المنازعة ؛ لهذا إذا كان الخصم حاضرا، وأقرَّ بالحق لا حاجة إليها، ولا منازعة إلا بعد الإنكار، ولم يوجد[٣].

[١] الكاساني: بدائع الصنائع ٥ / ٣٣٤

[٢] ابن نجيم : البحر الرائق ٧ / ١٧

[٣] البابرتي، محمد بن محمد : العناية شرح الهداية ١٠ / ٢٨٦

ولو حضر الخصم مجلس الحكم فله أن يقرَّ ، وله أن ينكر، ومن ثم إذا وجدت البينة وقبلت فإن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة ، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض[1].

وكذلك إن شهادة الشهود لا تكون حجة إلا إذا لم يطعن فيها الخصم المدعى عليه ، ولا يتأتى الطعن مع الغيبة ، فلا يجوز القضاء بالبينة مع الغيبة [2].

واعتبر كثير من متأخري الحنفية المصالح والضرورات في القضاء على الغائب .

جاء في حاشية ابن عابدين نقلا عن ابن قاضي سماوة[3] قوله :

---

[1] البابرتي، محمد بن محمد : العناية شرح الهداية ١٠ / ٢٨٧

[2] المصدر نفسه

[3]هو محمود بن إسرائيل بن عبد العزيز، بدر الدين، الشهير بابن قاضى سماوة (٠٠٠ - ٨٢٣ هـ = ٠٠٠ - ١٤٢٠ م): فقيه حنفى متصوف، من القضاة. كان أبوه قاضيا بقلعة سماوة (في سنجق كوتاهية، بتركيا) فولد وتعلم بها،ورحل إلى قونية ثم إلى مصر. وحج وتصوف. ورحل إلى تبريز مرشدا، فأكرمه فيها الأمير تيمورخان ، وعاد إلى مصر، فبلاد الروم. واستقر في أدرنة، وكان بها والداه، فنصب قاضيا للعسكر.وحبس في وشاية، ففر، وصار إلى (زغرة) من ولاية (روم ايلي) فاتهم بأنه يريد السلطنة، فأخذ وقتل بسيروز. له كتب، منها (لطائف الاشارات) في فقه الحنفية، ألفه ثم شرحه بكتاب سماه (التسهيل) وهو سجين في أزنيق مخطوط، موجود في الصادقية بتونس (١)، و(جامع الفصولين - ط) في الفقه، وشرح (عنقود الجواهر) في الصرف، شرح به المقصود، و (مسرة القلوب - خ) في التصوف، ومثله (الواردات الغيبية - خ) رسالة، شرحها الشيخ عبد الهادى إلهي، ومن الشرح مخطوطة في الفاتيكان (١٤٠٨) M مصدرة بترجمة له عن الشقائق.- الزركلي : الأعلام ٧ / ١٦٥

قد اضطربت أراؤهم – الحنفية–وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج ، والضرورات فيفتي بحسبها جوازا أو فسادا، مثلا:

لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره ،أو أن تسافر إليه، هي أو وكيلها؛ لبعده أو لمانع آخر .

وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد، أو نحو ذلك، ففي مثل هذا لو برهن على الغائب، وغلب على ظن القاضي أنَّه حق لا تزوير ، ولا حيلة فيه ،فينبغي أن يحكم عليه وله.

وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعا للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة، وفيه روايتان عن أصحابنا .

وينبغي أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه[١].

مذهب الجمهور:

أجاز الجمهور القضاء على الغائب في الجملة.

[١] ابن عابدين :حاشية رد المحتار ٥ / ٤١٤

واتفقوا على أن الغائب الذي يجوز القضاء عليه هو البعيد[1].

واتفقوا على جواز القضاء على الممتنع أو المتواري ، أو الهارب بعد حضوره مجلس الحكم،واشترط الحنبلية توكيل شخص يدافع عن المستتر ،وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وعند المالكية يقضى عليه من غير توكيل أحد عنه،واعتبر الشافعية امتناعه في حكم النكول، بحيث لو حلف المدعي يمين الرد قضي له، ولو لم يكن معه بينة[2] .

واتفقوا على جواز القضاء على الغائب المفقود الذي انقطع أثره ولم يعلم خبره وليس المستتر المتواري[3].

واتفقوا على القضاء على الميت اذا لم يكن له وصي أو وارث ، بشرط أن يكون مع المدعي حجة شرعية[4]

---

[1] المواق : التاج والاكليل ١١ / ٩٨ ، و الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٨ /١٩٢ ، و ابن قدامة : المغني ١١ / ٤٨٦

[2] ابن عابدين : حاشية رد المحتار ٥ / ٤١٥ ،والشيرازي :المهذب ٣ / ٦٢٦ ، وابن قدامة : المغني ١١ / ٤٨٨

[3] ابن نجيم : البحر الرائق ٥ / ١٧٦ ، والحطاب : مواهب الجليل ٨ / ١٢٧ ، والخطيب الشربيني :مغني المحتاج ٦ / ٣٢٣

[4] إبن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ،تحقيق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني(الرياض: مكتبة الرياض الحديثة) ٢ / ٩٣١ ، و الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد : شرح البهجة الوردية ٢٠ / ١٧٢

واتفقوا على جواز القضاء على كل من لا يستطيع التعبير عن نفسه في جواب الدعوى،كالصغير،والمجنون بشرط أن يكون مع المدعي بينة مقبولة، وحفظوا للمقضي عليه الحق في معارضة الحكم، إذا أفاق المجنون، أو كبر الصغير[1].

واتفقوا على أنه لايقضى للمدعي على الغائب ، إلاَّ اذا كان معه بينة شرعية على دعواه،بما في ذلك الشاهد واليمين فيما يجوز فيه ذلك، ولم يقل أحد من الفقهاء إن غياب المدعى عليه حجة لثبوت الحق للمدعي،غير أن الشافعية اعتبروا الامتناع نكولا يجيز للمدعي حلف يمين الرد فاذا فعل قضي له بما يدعيه[2].

واتفقوا على أن لا يكون المدعى به حقا من حقوق الله الخالصة ، أو فيه حق الله غالب؛ لأن الحكم في حقوق الله مبني على المسامحة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ويكفي في قيام الشبهة احتمال أن للغائب حجة تفسد الحجة التي قامت عليه. أما إذا اشتمل الشيء حق الله ، وحق العبد قضي بحق العبد دون حق الله[3].

واتفقوا على أنه لاتقبل الدعوى إذا صرح المدعي بأن خصمه الغائب مقر له بما يدعيه؛ لأن الاقرار ينافي سماع البينة حيث إنَّ موضعها عند الإنكار فحسب، ولا تقام على مقر[4].

---

[1] الماوردي : الحاوي الكبير ١٦ / ٤٦٦

[2] الدسوقي :حاشية الدسوقي ٦ / ٥٥ ، و الشيرازي :المهذب ٣ / ٦٢٦ ، وابن قدامة : المغني ١١ / ٤٨٨

[3] الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ / ٣٣٧ ، والبهوتي : كشاف القناع ٦ / ٤٤٩

[4] الأنصاري، زكريا: أسنى المطالب ٤ / ٣١٦ ، و الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ / ٣٢٣

واختلفوا في بعض المسائل :

١- الغيبة:

فالمالكية يصنفون الغيبة ثلاثة أصناف[1] ؛خلافا للمذاهب الأخرى.

الغيبة القريبة:وهي المسافة التي تستغرق ثلاثة أيام من أجل قطعها مع أمن الطريق،وهي مسافة القصر، ولايصح القضاء على القريب عندهم إلا بعد اعذاره ، أو امتناعه وتعززه عن الحضور أو التوكيل وهم بذلك متفقون مع غيرهم في أحكام الغيبة.

الغيبة المتوسطة:وهي المسافة التي تستغرق عشرة أيام من أجل قطعها مع أمن الطريق،حيث يقضى على الغائب بلا أعذار، ولكن ترجى له حجة إذا حضر، وله تجريح الشهود إذا راى ذلك.

الغيبة البعيدة:وهي المسافة التي تستغرق أربعة أشهر من أجل قطعها مع أمن الطريق. ويلحق بها كل حالة فيها الطريق مخوفة حيث يقضى على الغائب بلا اعذار، ولكن ترجى له حجة إذا حضر، وله تجريح الشهود إذا رإى ذلك

٢ - يمين الاستبراء:

[1] الدسوقي :حاشية الدسوقي ٦ / ٥٥

ذهب المالكية والشافعية إلى عدم جواز الحكم على الغائب ببينة المدعي إلا بعد أن يحلف أن الحق ما زال ثابتا على خصمه،وذلك بأن يحلف أنه ما أبرأه ، ولا أحاله الغائب به ،ولا وكل ما يقضيه عنه في الكل أو البعض . ويرون أن هذه اليمين واجبة ، وينقض حكم القاضي إن لم يحلفه ؛ لأنه ربما لو حضر الغائب لكان له مدفعا بالإبراء وغيره[1].

أما الحنبلية فقالوا: ولا يمين مع بينة كاملة في دعوى على غائب أو غيره، وتختص اليمين بالمدعى عليه دون المدعي لحديث { البينة على المدعي واليمين على من أنكر } (إلا في القسامة) .

فيبدأ بأيمان المدعين لخبرها الخاص وحيث يحكم باليمين مع الشاهد بأن كان المدعى به مالا أو ما يقصد به المال [2].

٣ – نصب وكيل عن الغائب

تقدم أنَّ الحنفية لايجيزون سماع البينة على الغائب إلا إذا نصب القاضي له وكيلا[3].

---

[1] جاء في الشرح الكبير للدردير: بعد سماع البينة وتزكيتها (بيمين القضاء) من المدعي أنه ما أبرأه ولا أحاله الغائب به ولا وكل من يقضيه عنه في الكل ولا البعض وهي واجبة لا يتم الحكم إلا بها على المذهب وهذه اليمين تتوجه في الحكم على الغائب والميت واليتيم والمساكين والأحباس ونحو ذلك – الدسوقي :حاشية الدسوقي ٦ / ٥٥ ، و الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ / ٣٢٥

[2] البهوتي : كشاف القناع ٦ /٤٥٠

[3] ابن عابدين : رد المحتار ٥ / ٤١٠

أمَّا المالكية فلهم في نصب الوكيل عن الغائب قولان :

ا – لا يجب على القاضي أن يقيم للغائب وكيلا. قال ابن القاسم : ولا يقيم القاضي لغائب ولا لطفل من يقوم بحجته. وهو المشهور عندهم [1].

ب – ينبغي للقاضي أن يقيم للغائب وكيلا يقوم بحجته ، ويطعن ببينة المدعي ،غير أنه لايحق للغائب إذا حضر بعد ذلك معارضة بينة المدعي وهو قول سحنون[2].

أما الشافعية فقد نقل عن بعض علمائهم أن الأصح عدم النصب ، والمختار هو النصب؛ لأن الدعوى تستدعي جوابا،وقد تعذر جواب الغائب، فمن نصبه الحاكم يكون منكرا ويظهر من ذلك أن نصب وكيل عن الغائب جائز، لكنه ليس واجبا ،ولا تتوقف صحة القضاء عليه؛ وذلك لاحتمال أن ينكر الوكيل ويكون الغائب مقرا في الواقع ، فيكون هذا وقوعا في الكذب من غير حاجة[3].

أما الحنبلية فلا يقولون بوجوب نصب وكيل إلا بالنسبة للممتنع عن الحضور[4].

---

[1] ابن فرحون : تبصرة الحكام ١ / ٣٤٥

[2] السَّابق، نفسه ١ / ٢٣٠

[3] ابن أبي الدم: أدب القضاء ص ٢٠٥ ، و الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٦ / ٣٢٥

[4] البهوتي : كشاف القناع ٦ / ٤٤٩

واستدل جمهور الفقهاء على جواز الحكم بحديث هند [1].

فعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ـ صلى الله عليه و سلم ـ: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك) [2].

فقضى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لها على زوجها ولم يكن حاضرا.

والواقع أن هذا الحديث لا حجة فيه .قال ابن رشد: فعمدة من رأى القضاء – على الغائب– حديث هند ولا حجة فيه؛ لأنه لم يكن غائبا عن المصر [3]، ولم يكن أبو سفيان متواريا ولامتعززا فقد كان في مكة يوم فتحها.

---

[1] هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف(٠٠٠ – ١٤ هـ= ٠٠٠ – ٦٣٥ م): صحابية، قرشية، عالية الشهرة. وهي أم الخليفة الأموي " معاوية " بن أبي سفيان. تزوجت أباه بعد مفارقتها لزوجها الأول " الفاكه بن المغيرة " المخزومي، في خبر طويل من طرائف أخبار الجاهلية. وكانت فصيحة جريئة، صاحبة رأي وحزم ونفس وأنفة، تقول الشعر الجيد وأكثر ما عرف من شعرها مراثيها لقتلى " بدر " من مشركي قريش، قبل أن تسلم. ثم كانت ممن أهدر النبي (صلى الله عليه وسلم) دمها، يوم فتح مكة، وأمر بقتلهم ولو وجدوا تحت أستار الكعبة، فجاءته مع بعض النسوة في الأبطح، فأعلنت إسلامها، ورحب بها. وأخذ البيعة عليهن،وكان لها صنم في بيتها تعبده، فلما أسلمت عادت إليه وجعلت تضربه بالقدوم حتى فلذته، وهي تقول: كنا منك في غرور ! ورُئِيَ معها ابنُهَا معاوية، فقيل لها: إن عاش ساد قومه، فقالت: ثكلته إن لم يسد إلا قومه ! وكانت لها تجارة في خلافة عمر. وشهدت اليرموك وحرضت على قتال الروم. وأخبارها كثيرة– انظر : الأعلام للزركلي ٨ / ٩٨

[2] رواه مسلم في صحيحه برقم (١٧١٤)

[3] ابن رشد :بداية المجتهد ٢ /٤٧٢.

واعترض على هذا الدليل بأن قول رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لم يكن قضاء منه.

قال النووي[1]: والأصح أنه كان إفتاء وأن هذا يجري في كل امرأة أشبهتها[2].

واستدلوا بما ورد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: من كان له على الأسيفع دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه[3] ، وكان غائبا .

وقال الخطيب الشربيني:

صح عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه حكم في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا.وقال ابن حزم : صح عن عثمان القضاء على الغائب ولا مخالف لهما من الصحابة ؛ لأن البينة مسموعة بالاتفاق على الغائب ، فليجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت ، وأيضا فالحكم على الميت والصغير جائز ، وهما أعجز عن الدفع من الغائب ، ولأن في المنع منه إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها، فإنه لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة[4].

---

[1] هويحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين(٦٣١ – ٦٧٦ هـ = ١٢٣٣ – ١٢٧٧ م): علامة بالفقه والحديث. مولده ووفاته في نوا (من قرى حوران، بسورية) واليها نسبته. تعلم في دمشق، وأقام بها زمنا طويلا. من كتبه " تهذيب الأسماء واللغات – ط " و " منهاج الطالبين – ط " و " الدقائق – ط " و " تصحيح التنبيه – ط " في فقه الشافعية ، و " المنهاج في شرح صحيح مسلم – ط " خمس مجلدات، و"التقريب والتيسير – ط " في مصطلح الحديث، و " حلية الابرار – ط " يعرف بالاذكار النووية، " و " خلاصة الاحكام من مهمات السنن وقواعد الإسلام – خ " و " رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين – ط " و " بستان العارفين – ط " و " الايضاح – ط " في المناسك، و " شرح المهذب للشيرازي – ط " و " روضة الطالبين – خ " فقه و" التبيان في آداب حملة القرآن – ط " و " المقاصد – ط " رسالة في التوحيد، و " مختصر طبقات الشافعية لابن الصلاح – خ " و " مناقب الشافعي ،وغيرها .

[2] (٣)النووي ،محيي الدين ابو زكريا يحيى بن شرف:صحيح مسلم بشرح النووي(بيروت:دار الخير ط١ ، ١٤١٤هــ – ١٩٩٤م) ٤ / ٣٧٤

[3] (٤)رواه البييهقي في سننه الكبرى برقم ٢٠٢٧٧

[4] الشربيني : مغني المحتاج ٦ / ٣٢٣

الخاتمة

بعد كتابة هذا البحث واستعراض جوانبه توصلت إلى جملة النتائج التالية:

١- لا بد من مراعاة أصول المحاكمة في الشريعة الإسلاميَّة ليحسن التمييز بين المدعي و المدعى عليه، ومن ذلك:

- استحباب بعض الفقهاء حضور العلماء مجلس القضاء للمشاورة، بل إنَّ بعضهم قال بالوجوب .

– المواجهة بين الخصوم في المحاكمة أصل في القضاء الإسلامي، ولا يصح للقاضي النظر في الدعوى مع غياب أحد الخصوم بدون عذر مقبول .

– حرية الدفاع مكفولة لطرفي الدعوى، والقاضي مأمور بإتاحة الفرصة لهما؛ لتقديم كل ما عندهما من حجج وغيرها؛ حتى لا يكون لأحد منهما عذر بعد الحكم؛ فيكون ذلك كما قال سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ : (أجلى للعمى وأبلغ في العذر)[١].

٢- اتفق الفقهاء في الجملة على إشتراط أن يكون كلٌّ من المدَّعي والْمُدَّعى عليه أهلاً لرفع الدَّعوى والجواب عليها؛ لأنَّ الدَّعوى تصرف شرعي يترتب عليه نتائج وأحكام شرعية،أما من ليس أهلا فيطالب له بحقه مُمَثله الشرعي من ولي أو وصي.

[١] رواه البيهقي في سننه الكبرى برقم٢٠٥١٩

٣ – شرط الصفة لأطراف الدعوى: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها الدعوى يعترف به المشرع، ويراه كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة ،ولا ترفع الدعوى إلا من قبل مَنْ له شأنٌ فيها.

٤– الخصم في دعاوى العين هو من كانت العين في يده،والخصم في دعاوى الدين هو من كان الدين في ذمته أو نائبه ،والخصم في دعوى الفعل كالغصب وغيره هو الفاعل .والخصم في دعوى القول هو القائل،و الخصم في دعوى العقد هو المباشر له ، أو من قام مقامه ، كالوكيل ، أو الوارث ، أو الوصي،والخصم في دعوى الحق ، كحق الحضانة والرضاع ، هو كل شخص له شأن في الدعوى .

٥ – يجوز لأي فرد مسلم في الدولة الإسلامية أن يرفع دعوى يطالب فيها بحق من حقوق الله حسبة لله، وكل فرد في دولة الإسلام يعتبر ذا صفة فيها.

٦ – إن معرفة المدعي من المدعى عليه من أهم مسائل الدعوى ،بل عمدة القضاء في الإسلام ، اذ أن علم القضاء يدورعلى معرفتهما .لأنه أصل مشكل .ولم يختلف العلماء في حكم ما لكل واحد منهما،وإنما اختلفوا في تعريف كل منهما فحسب.

٧ – ضوابط التمييز بين المدعي والمدعى عليه هي إما خاصة بالطرفين،وإما خصائص لهما، وكلها تصلح علامات يستعين بها القاضي من أجل تمييز المدعي من المدعى عليه .

٨– يكلف المدعي الحجة القوية وهي (البينة) لضعف جانبه،ويكلف المدعى عليه الحجة الضعيفة وهي (اليمين) لقوة جانبه ،فكانت الحجة القوية وهي (البينة) مع الجانب الضعيف وهو المدعي،وكانت الحجة الضعيفة وهي (اليمين) التي قد تعتريها التهمة مع الجانب القوي لأصل براءة ذمته.

٩– ليس للقاضي أن يعاون المدعي في تصحيح دعواه ،لأن في ذلك تهمة، وانكسارا للطرف الآخر.

١٠ –المدعي هو الذي إذا تارك الخصومة تُرك، والمدعي عليه هو الذي إذا تارك لم يُترك.

١١ –اتجه الفقهاء في تمييزهم للمدعي والمدعى عليه إلى اتجاهين:

فذهب الحنفية والحنبلية في الجملة إلى اشتقاق تعريف المدعي والمدعى عليه من اللغة،وذهب المالكية والشافعية إلى النظر إلى جنبة كل من المدعي والمدعى عليه للتمييز بينهما.

١٢ – من عوامل الغموض التي تكتنف تعريف المدعي والمدعى عليه هو اشتقاق التعريف من اللغة،فليس كل طالب مدعيا وليس كل مطلوب مدعى عليه.

١٣ – المدعي عند المالكية هو أبعد المتداعيين سببا، ومن كان قوله على خلاف أصل أو عرف. والمدعى عليه هو اقرب المتداعيين سببا،و من كان قوله على وفق أصل أو عرف.

١٤ – الأصل عند المالكية هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة، أو الدلالة المستمرة،أو استصحاب الأول،والظاهر عندهم أحد أمرين : إما العرف ،وإما القرائن.

١٥– الظاهر عند الشافعية نوعان،ظاهر بنفسه، وظاهر بغيره،ويطلقون كثيرا لفظ الأصل على الظاهر بنفسه، وإذا ذكروا الظاهر في مقابلة الأصل كان المقصود به الظاهر بغيره والظاهر بنفسه هو أقوى أنواع الظاهر عند الشافعية ، وهو ما كان مستفاداً من الأصول كالبراءة الأصلية،والظاهر بغيره عند الشافعية هو ما يستفاد من العرف والقرائن ودلائل الحال،وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره فإن الشافعية غالبا ما يقدمون الظاهر بنفسه.

١٦ – إذا تعارض ظاهران في قوة واحدة ، كأن يكونا مستفادين من أصل واحد أو من أصلين في قوة واحدة ، كان كل من الطرفين مدعيًا مكلفاً بالبينة عند الشافعية.

١٧-إذا تعارض الأصل والظاهر فإن المالكية يقدمون الظاهر- أي العرف والقرائن- ، إلا في دعوى الديَّن فإنهم يغلّبون الأصل- وهو براءة الذمة - على الظاهر ،ولو كان المدعي أشرف الناس بل أبو بكر الصدّيق، والمدعى عليه أفسق الناس.

١٨ - الشقة ليست بعيدة بين المعيار الذي قال به المالكية من أجل التمييز بين المدعي والمدعى عليه،وبين المعيار الذي قال به الشافعية،وينحصر الخلاف بين المالكية والشافعية في التطبيق، وذلك عندما يتعارض أمران من أمر الظاهر،فالشافعية يرون الأصل أقوى منابع الظهور غالبا،والمالكية يرون أن دلائل الحال من عرف وقرائن أقوى من ذلك،وكل منهما قدم الأقوى في نظره ، وجعل مخالفه مدعيًا وعليه البينة.

١٩- أليد عبارة عن القرب والالتصاق،فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه، ويليه البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو راكبها، ويليه الدابة التي هو سائقها.

٢٠- من دعي الى حاكم فعليه الإجابة،ويأثم إن تأخر ؛ لأن حضور الخصم أبلغ في العذر، وأقطع في الحجة، وأنفى للتهمة، فبه تقرر الحقائق وتنكشف الخفايا،ولو امتنع المطلوب عن الامتثال لدعوة الحاكم، فللحاكم أن يتخذ الإجراءات المناسبة لإحضاره.

٢١- الإثبات،هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة،ويشترط فيه أن تسبق الاثبات الدعوى،وان يكون موافقا ومنتجا لها، ولا يكون إلا في مجلس القضاء،بحيث يستند إلى العلم أو غلبة الظن ، ويوافق العقل أو الشرع أو الحس أو ظاهر الحال .

٢٢- ذهب الحنفية والحنبلية في المشهور عندهم إلى أن اليمين لا ترد الى المدعي، ويقضى على المدعى عليه بالنكول في المال وما يؤول إلى المال، بينما ذهب المالكية، والشافعية إلى أن النكول ليس طريقا للقضاء، ولا يحكم القاضي بالمدعى به بناء عليه وَحْدَهُ، وإنما ترد اليمين إلى المدعي ، ويوجه القاضي إليه اليمين، فإن حلف استحق وحكم له القاضي بها، وإن امتنع سقطت الدعوى .

٢٣ – تختلف أحكام الغائب إذا كان مدعيا عن أحكام الغائب المدعى عليه ،إذ لاخلاف بين الفقهاء في عدم جواز القضاء للغائب إلا تبعا، وذلك بأن يقضى للحاضر، فيلزم من ذلك القضاء للغائب،واختلفوا في جواز القضاء على الغائب ، فقال الجمهور بجوازه، ومنعه الحنفية.

٢٤ – الغائب هو الشخص البعيد المعروف المكان ، وليس مجرد الغائب عن مجلس القضاء؛ لأن الفقهاء متفقون على أن الحاضر في البلد القريب لا يقضى عليه إلا بعد احضاره مجلس القضاء .

التوصيات:

١ – العمل على إنشاء مجمع علمي يختص بفقه القضاء .

٢ – من أصول المحاكمة في الشريعة الإسلامية ،علنية المحاكمة لأجل نزاهة القضاء وسلامته. وإن إتاحة الفرصة للفقهاء من الأمة لمراقبة القضاة والمحامين بشكل منظم أجدى وأولى من مراقبة الناس عامة ،لأن الفقهاء أقدر على اكتشاف الخطأ والإنحراف والإلتواء من قبل بعض القضاة والمحامين.

٣– إجراء دراسة قانونية في التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم .

الآمدي ، علي بن محمد أبو الحسن: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق : د. سيد الجميلي(بيروت: دار الكتاب العربي ط١ ، ١٤٠٤هـ).

الأستروشني،محمد بن محمود :أحكام الصغار،تحقيق مصطفى صميدة. (بيروت: دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٨ه ١٩٩٧م).

الألباني ، محمد ناصر الدين :مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،(بيروت: المكتب الإسلامي) ط٢ – ١٤٠٥ – ١٩٨٥).

الألباني محمد ناصر الدين: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته،(المكتب الإسلامي).

الانصاري ،زكريا :أسنى المطالب في شرح روضة الطالب ، تحقيق محمد محمد تامر (بيروت :دار الكتب العلمية ط١ ١٤٢٢هـ –٢٠٠٠م).

الباجوري، إبراهيم بن محمد بن أحمد: حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي (مطبعة السعادة ، ط١).

البجيرمي ،سليمان بن محمد : حاشية البجيرمي على الخطيب ،تحقيق: نصر فريد واصل، (مصر: المكتبة الوقفية، بدون تاريخ).

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة : الجامع الصحيح ،(القاهرة: دار الشعب الطبعة : الأولى ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧).

البركتي، محمد عميم الإحسان: قواعد الفقه ، (كراتشي: الصدف ببلشرز ١٤٠٧هـ _١٩٨٦م).

أبو البصل ، عبد الناصر : شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، رسالة ماجستير (عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ط١ ، ١٩٩٩م.).

البهوتي، منصور بن يونس :كشاف القناع عن متن الإ قناع . تحقيق: محمد حسن محمد.(بيوت: دار الكتب العلمية ط١ ، ١٤١٨ه _١٩٩٧م).

البهوتي ،منصور بن يونس :شرح منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات (بيروت :دار الكتب العلمية ، ط١ ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م).

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر : سنن البيهقي الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا(مكة المكرمةمكتبة دار الباز – ، ١٤١٤ – ١٩٩٤).

الترمذي ،محمد بن عيسى :الجامع الصحيح،تحقيق:أحمد شاكر،(بيروت :دار إحياء التراث العربي) .

الجرجاني،علي بن محمد:التعريفات،تحقيق :ابراهيم الابياري(بيروت:دار الكتاب العربي،ط١ ١٤٠٥هـ).

ابن الجعد ، علي بن الجعد بن عبيد أبو الحسن الجوهري البغدادي: مسند ابن الجعد(بيروت: دار الكتب العلمية ط٢، ١٤١٧ – ١٩٩٦).

جعيط ، محمد عبد العزيز:الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية، (تونس :مطبعة الارادة ،ط(٢) بدون تاريخ) .

ابن حجر العسقلاني ،احمد بن علي: فتح الباري شرح صحيح البخاري (بيروت :دار المعرفة ١٣٧٩ه).

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري: المحلى،تحقيق:احمد محمد شاكر(بيروت:دار احياء التراث العربي ط٢ ، ١٤٢٢-٢٠٠١م) .

الحطاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل،تحقيق : زكريا عميرات(بيروت :دار الكتب العلمية ط١، ١٤١٦ه – ١٩٩٥م) .

ابن حنبل ،أحمد أبو عبدالله الشيباني: مسند الإمام أحمد ، الأحاديث مذيلة بأحكام شعيب الأرنؤوط عليها (طبعة القاهرة: مؤسسة قرطبة).

حيدر ،علي :درر الحكام شرح مجلة الاحكام، تحقيق: فهمي الحسيني.(بيروت :دار الكتب العلمية).

خسرو ،محمد بن فرامون: درر الحكام شرح غرر الحكام ، المكتبة الشاملة.

خلاف ،عبد الوهاب :علم أصول الفقه ،(مصر: مكتب الدعوة – شباب الأزهر – عن دار القلم) .

الخن، مصطفى: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، (دمشق: حلبونيط٢ ١٤١٦ هـ–١٩٩٦م) .

أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، (بيروت: دار الكتاب العربي) .

الدسوقي ،محمد بن أحمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (بيروت: دار الكتب العالمية ، ط١ ، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م) .

الدمياطي ،أبو بكر بن محمد شطا: حاشية إعانة الطالبين، تحقيق عبد الحكيم محمد عبد الحكيم، (القاهرة :المكتبة التوفيقية) .

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر: مختار الصحاح. تحقيق: محمود خاطر، (بيروت: مكتبة لبنان، ط ١٤١٥ه_١٩٩٥م) .

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي :بداية المجتهد و نهاية المقتصد(مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ط٤١٣٩٥هـ/١٩٧٥م) .

الرملي: محمد بن أبي العباس:نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت:دار الكتب العلمية١٤١٤هـ -١٩٩٣م) .

الزحيلي ،محمد: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (دمشق :مكتبة دار البيان، ١٤١٤هـ — ١٩٩٤م ، ط٢) .

زيدان ،عبد الكريم : نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ، (بيروت: مؤسسة الرسالة ،ط٢ ،١٤١٢ه _٢٠٠٠م).

الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد: نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي تحقيق : محمد عوامة.(بيروت:مؤسسة الريان للطباعة والنشر ط(١) ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل: المبسوط : دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس،(بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط١ – ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م) .

السرخسي،ابوبكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أصول السرخسي ،(بيروت: دار الكتب العلمية،ط ١– ١٤١٤ه – ١٩٩٣م) .

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر(بيروت: دار الكتب العلمية ١٤٠٣) .

الشافعي، محمد بن إدريس ، أبو عبد الله: الأم،(بيروت: دار المعرفة – ط٢ – ١٣٩٣) .

الشربيني ،الخطيب،محمد بن محمد: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد(القاهرة: المكتبة التوفيقية) .

الشوكاني،محمد بن علي :إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الاصول،تحقيق: أحمد عزو عناية،(دار الكتاب العربي، ط١ ١٤١٩ه_١٩٩٩م) .

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد :نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار (إدارة الطباعة المنيرية) .

الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق: المهذب في فقه الإمام الشافعي ،تحقيق:عادل احمد عبد الموجود(بيروت:دار المعرفة ،ط١ ، ١٤٢٤ه-٢٠٠٣م) .

الصاوي ، احمد بن محمد: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، المكتبة الشاملة .

الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر،(بيروت:مؤسسة الرسالة ط(١) ، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠) .

الطرابلسي ،علاء الدين علي بن خليل:معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ،المكتبة الشاملة .

ابن عابدين،محمد علاء الدين افندي:حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه ابي حنيفة. (بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر،١٤١٢ه -١٩٩٢م.) .

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ،تحقيق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني(الرياض: مكتبة الرياض الحديثة) .

علاء الدين البخاري ،عبد العزيز بن أحمد بن محمد، : كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر،(بيوت:دار الكتب العلمية، ط١ ١٤١٨هـ/١٩٩٧م) .

ابن العثيمين، محمد بن صالح بن محمد : الأصول من علم الأصول،(دار ابن الجوزي ط ١٤٢٦هـ) .

عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ،(القاهرة:مكتبة التراث ط١٤٢٦هـ -٢٠٠٥م) .

الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد : الوسيط في المذهب ، تحقيق :أحمد محمود ابراهيم ومحمد محمد تامر (القاهرة :دار السلام. ١٤١٧هـ) .

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ، برهان الدين اليعمري : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، المكتبة الشاملة .

الفيروزابادي ،محمد بن يعقوب : القاموس المحيط ،المكتبة الشاملة .

الفيومي ،أحمد بن محمد علي : المصباح المنير ،(بيروت :مكتبة لبنان ١٩٩٠م) .

ابن قدامة ،عبد الله بن احمد: : المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني،(بيروت، دار الفكر ،ط١ ١٤٠٥) .

القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)،تحقيق : خليل المنصور، (بيروت:دار الكتب العلمية ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م) .

القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين :الجامع لأحكام القرآن ،(القاهرة: دار الكتب المصرية ط٢ ، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤ م) .

القيرواني إبن ابي زيد، محمد بن عبد الله ، الرسالة الفقهية، ط (٢)، (دار الغرب الاسلامي، ١٩٩٧م) .

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م).

ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (بيروت: دار الجيل - ، ١٩٧٣).

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. تحقيق: محمد عدنان ياسين درويش. (بيروت: دار احياء التراث العربي ط٢، ١٤١٩هـ_١٩٩٨م).

الكياالهراسى أبو الحسن على بن محمد: أحكام القرآن، تحقيق: موسى محمد على - عزت عبده عطية (بيروت: دارلكتب العلمية ط ١٤٠٥ هـ).

مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي: موطأ مالك - رواية يحيى الليثي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (مصر: دار إحياء التراث العربي).

الماوردي، أبو الحسن، علي بن حبيب: الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وهو شرح مختصر المزني، (بيروت: دار الفكر).

الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري: النكت والعيون (تفسير الماوردي) تحقيق : السيد بن عبد المقصود بن عبد الرحيم(بيروت: دار الكتب العلمية، بدون تاريخ).

المبار كفوري، محمد بن عبد الرحمن :تحفة الاحوذي بشرح جامع الترمذي.(القاهرة :دار الحديث،ط(١)، ١٤٢١ه -٢٠٠١ م) .

المرداوي ،علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد إبن حنبل.(بيروت :دار احياء التراث العربي ط١ ، ١٤١٩هـ) .

مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، تحقيق وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري :التاج والإكليل لمختصر خليل ،المكتبة الشاملة .

الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن : (وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ط ١٤٢٧ه) .

الموصلي،عبدالله بن محمود بن مودود: الاختيار لتعليل المختار،تحقيق: عبد اللطيف محمد بـن عبـد الرحمن(بيروت: دار الكتب العلمية ط٣ ، ١٤٢٦هـــ _٢٠٠٥م) .

ابن منظور ، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري: لسان العرب،(بيروت–دار صادر ،ط١).

ابن نجيم، بن إبراهيم ، المعروف بابن نجيم المصري: البحر الرائق شرح كنـز الـدقائق ،(بـيروت: دار المعرفة، بدون تاريخ) .

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف: المجموع شرح المهذب ،المكتبة الشاملة.

ابن الهمام ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير،(بيروت: دار الفكر).

ياسـين ، محمـد نعـيم: نظريـة الـدعوى بـين الـشريعة الاسـلامية وقـانون المرافعـات المدنيـة والتجارية.(عمان : دار النفائس، ط٣ ،١٤٢٥ه –٢٠٠٥م) .

فهرس الآيات

ألآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
وَقَالُوا لَنْ يَدْخُلَ الْجَنَّةَ إِلا مَنْ كَانَ هُودًا أَوْ نَصَارَى	البقرة	١١١	١٨٦
وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا	البقرة	٢٨٢	١٨٨
إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قليلا	آل عمران	٧٧	١٩٧,١٨٦
كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ	آل عمران	١١٠	١٠٥
وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ	آل عمران	١٥٩	٣٦ ،٣٩
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ	النساء	٥٩	١٧٤
يا يُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ	ألنساء	١٣٥	٢٩
يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ	المائدة	١٠٦	٢٠٦
خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ	الأعراف	١٩٩	١٤٩,١٤٢
دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ	يونس	١٠	٥٦
قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ	هود	٨٠	٦٩
وَمَا شَهِدْنَا إِلا بِمَا عَلِمْنَا	يوسف	٨١	١٩٢
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ	النحل	٩٠	١٨٥
وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ	ألأنبياء	٨٧	٧

وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ	النور	٢	٤٣
وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ	النور	٤٧	٤٦,٤٧,٦٦,٧٤,١٦٥,١٦٨,١٧٠
لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ	يس	٥٧	٥٥
وَشَدَدْنَا مُلْكَهُ وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ	ص	٢٠	٦٦
إِلا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ	الزخرف	٨٦	١٩٢
فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا	محمد	١٨	٧٦
لَيْسَ عَلَى الاعْمَى حَرَجٌ	الفتح	١٧	١٢٩
لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ	الحديد	٢٥	٤

فهرس ألأحاديث

الحديث	الصفحة
إذا تقاضى إليك رجلان فلا تقضي للأول حتى تسمع كلام الآخر	٩٠
َألاَ أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ الَّذِى يَأْتِى بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا	١٨٨,١٠٥
إنكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم يكون أن ألحن	٢٢٧,١٥٩
إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّهُ يَأْتِينِي الْخَصْمُ فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَبْلَغَ مِنْ بَعْضٍ	٦٦
أيحلف منكم خمسون فتستحقون قاتلكم	٢٠٦
البيِّنة على الْمُدَّعي واليمين على الْمُدَّعَى عليه	١٦٤,١١٧,١١٤,٨
خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك	٢٣٦
خَيْرُ أُمَّتِي قَرْنِي ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ	١٨٨,١٨٧
ردَّ اليمين على طالب الحق	٢٠٦
رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون	١٧١
فَكَسَعَ رَجُلٌ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ	٥٤
قضى أن يجلس الخصمان بين يدي الحاكم	٣١

لا ضرر ولا ضرار	٧٢
لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان	٢٢
لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى نَاسٌ	١٩٥,١٨٤,١١٦,٦٦,٤٧
مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ	١٧١
مَنِ ابْتُلِى بِالْقَضَاءِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فَلْيَعْدِلْ	٢٩
مَنِ ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ بَيْنَ النَّاسِ ، فَلاَ يَرْفَعَنَّ	٢٩
من حلف على يمين صبر يقتطع بها	١٨٤
منْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ	١٠٤
هدايا العمال غلول	٣٣
واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها	١٧١,٤٦

فهرس الأعلام

ألأسم	الصفحة
ابي بن كعب	٣١
ابن أبي الدم	٢٧
اشهب	٣٦
إياس بن معاوية	٦
الباجوري	٢١٤
البيهقي	٢٤
ابن الجعد	٣١
ابن الحاجب	١٣٣
ابن حجر العسقلاني	٢٢
الحسن البصري	٣٥
الخطيب الشربيني	٤٠
إبن خويزمنداد	١٧٠
ابن رشد الجد	١١٦

السرخسي	٥٠
سعيد بن المسيب	٥
سفيان الثوري	١٣٧
ابن شاس	١٣٤
شريح بن الحارث	٦
الشلبي،أحمد بن محمد	١٧٤
الشيخ الدردير	٥١
الشيخ عليش	٤١
ابن عات	١٨٠
عبد الله بن الزبير	٣٠
العز بن عبد السلام	١١
ابن عطية المالكي	٣٩
ابن فرحون	١١
القاضي حسين	٤٠
قاضي خان	١٧٤
ابن قاضى سماوة	٢٢٩
ابن قدامة	٣٤

القرافي ١٠

القرطبي ٤٥

ابن قيم الجوزية ٤٩

الليث بن سعد ١٣٧

محمد بن الحسن الشيباني ١٢٢

محمد ابن القاسم ١٨٠

ابو موسى الأشعري ٧

النووي ٢٣٧

ابن الهمام ٣٧

هند بنت عتبة ٢٣٦

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
الإهداء	٢
تقدير وشكر	٣
المقدمة	٤
أهمية الموضوع	٥
أسباب اختيرالموضوع	٩
الدِّراسات السَّابقة	١٠
الفصل التمهيدي: الدَّعوى والمحاكمة في الشَّريعة الإسلاميَّة .	١٨
المبحث الأوَّل: أصول المحاكمة في الشَّريعةِ الإسلاميَّة .	١٩
المطلب الأوَّل : اعتدال حال القاضي اثناء النَّظر في الدعوى	٢٢
المطلب الثَّاني: المساواة بين الخصوم .	٢٥
المطلب الثَّالث: علنيَّة المحاكمة .	٣٥
المطلب الرَّابع: المواجهة بين الخصوم .	٤٤
المطلب الخامس : حُرِّيَّة الدِّفاع .	٤٨
المبحث الثَّاني: تعريف الدَّعوى ومشروعيُّتها وركنها .	٥٣

المطلب الأوَّل: تعريف الدَّعوى ومشروعيُّتها . ٥٤

المطلب الثَّاني : ركن الدَّعْوى وحكمُهَا. ٦٨

الفصل الأوَّل: شروط المدَّعي والمدَّعى عليه في القضاء الإسلاميِّ. ٧٤

مقدِّمة : في معنى الشَّرْط. ٧٥

المبحث الأوَّل : اشتراط الأهليَّة في المدَّعي والمدَّعى عليه . ٧٩

المطلب الأوَّل: تعريف الأهليَّة وأنواعها . ٨٠

المطلب الثَّاني: مذاهب الفقهاء في اشتراط الأهليَّة في المدَّعي والمدَّعى عليه . ٨٥

المطلب الثَّالث: تطبيقات فقهيَّة في الدَّعوى متعلِّقَة بناقص الأهليَّة وفاقدها . ٩١

المبحث الثَّاني: اشتراط الصِّفَة في المدَّعي والمدَّعى عليه . ٩٩

المطلب الأوَّل : تعريف الصِّفَة . ١٠٠

المطلب الثَّاني: شرط الصِّفَة في المدَّعي . ١٠١

المطلب الثَّالث: شرط الصِّفَة في المدَّعى عليه . ١٠٧

الفصل الثَّاني: الاتِّجَاهات الفقهيَّة في التَّمييز بينَ المدَّعِي والمدَّعى عليه . ١١٣

تمهيد: ١١٤

المبحث الأوَّل: أصحاب الاتِّجاه اللُّغويِّ في تمييز المدَّعِي من المدَّعى عليه، وهم معظم فقهاء الحنبليَّة وبعضُ فقهاء الحنفيَّة. ١١٩

المطلب الأوَّل: مذهب الحنفيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه . ١٢٠

المطلب الثَّاني: مذهب الحنبليَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه . ١٢٣

المطلب الثَّالث: مناقشة أصحاب هذا الاتِّجاه . ١٢٦

المبحث الثَّاني: أصحاب الاتِّجاه المعتمد على الأصل، والظَّاهر في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه، وهم المالكيَّة والشَّافعيَّة. ١٣٢

المطلب الأوَّل: مذهب المالكيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه. ١٣٣

المطلب الثَّاني: مذهب الشَّافعيَّة في تمييز المدَّعي من المدَّعى عليه. ١٥١

المطلب الثَّالث: مناقشة أصحاب هذا الاتِّجاه. ١٥٨

الفصل الثَّالث: من الآثار المترتِّبَة على التَّمييز بين المدَّعي والمدَّعى عليه في القضاء الإسلاميِّ. ١٦٢

تمهيد ١٦٤

المبحث الأوَّل: الحضور ١٦٦

المطلب الأوَّل: دعوة المدَّعي لخصمه المدَّعى عليه. ١٦٩

المطلب الثَّاني: دعوة القاضي للمدَّعى عليه. ١٧٢

المبحث الثَّاني: الإثبات . ١٨٢

المطلب الأوَّل: أهميَّة الإثبات . ١٨٣

المطلب الثَّاني: شروط الإثبات . ١٨٦

المبحث الثَّالث: الحكم بالنُّكول . ١٩٣

المطلب الأوَّل: أقوال الفقهاء وأدلَّتُهم على القضاء بالنُّكول . ١٩٤

المطلب الثَّاني: حقيقة النُّكول عند القائلين به، والحالات الَّتي يجوز فيها . ١٩٧

المبحث الرَّابع: الحكم باليمين المردودة . ٢٠٣

المطلب الأول : أقوال الفقهاء وادلتهم على القضاء باليمين المردودة ٢٠٤

المطلب الثَّاني: حقيقة اليمين المردودة، والحالات الَّتِي يجوز فيها ردُّ اليمين . ٢١٠

المبحث الخامس: ترك الخصومة . ٢١٣

المطلب الأوَّل: التَّنازل عن الدَّعوى في الفقه الإسلاميِّ . ٢١٤

المطلب الثَّاني: تخلُّف أحدِ شروطِ الدَّعوى . ٢١٩

المبحث السَّادس: الغياب. ٢٢١

المطلب الأوَّل: المقصود بالغياب. ٢٢٢

المطلب الثَّاني: مذاهب الفقهاء في محاكمة الغائب . ٢٢٦

الخاتمة: وفيها النَّتائجُ، والتَّوصياتُ التي توصلْتُ إليهابعون الله. ٢٣٨

قائمة المصادر والمراجع ٢٤٥

فهرس الآيات ٢٥٨

فهرس الأحاديث ٢٦٠

فهرس الأعلام ٢٦٢

فهرس الموضوعات ٢٦٥